

Diritto statunitense e italiano

I *prenuptial agreements* negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano

di ENRICO AL MUREDEN

Il crescente interesse manifestato da parte dell'interprete e del legislatore rispetto all'ampliamento dell'ambito di rilevanza e delle modalità di esplicazione dell'autonomia negoziale nella definizione dei rapporti patrimoniali tra coniugi induce a guardare con interesse il fenomeno dei *prenuptial agreements*, sviluppatosi da tempo nel diritto statunitense. In una prospettiva *de iure condendo* - salva l'indisponibilità dell'assegno post-matrimoniale - l'eventualità di introdurre nel nostro ordinamento un istituto analogo ai *prenuptial agreements* potrebbe rivestire notevole interesse sia in vista dell'ampliamento del novero dei regimi che i coniugi possono scegliere e della maggiore flessibilità della loro struttura, sia allo scopo di predisporre strumenti adeguati a garantire una corretta formazione del consenso e a promuovere un approccio informato e responsabile relativamente alle implicazioni patrimoniali del matrimonio.

SOMMARIO: 1. Funzione e motivi della diffusione dei *prenuptial agreements*. - 2. I differenti sistemi legali di attribuzione dei beni: gli *equitable distribution states* ed i *community of property states*. - 3. I *prenuptial agreements* tra disciplina dei singoli Stati e Principi uniformi. - 3.1. Segue: definizione, forma e oggetto. - 3.2. Segue: *spousal support*, *procedural requirements*, sopravvenienze e *fairness test*. - 4. I *prenuptial agreements* nei *Principles of the Law of the Family Dissolution*. Il controllo giudiziale sull'accordo; la tutela della corretta formazione del consenso; la rilevanza delle sopravvenienze. - 5. L'adozione dei *prenuptial agreements* nel diritto italiano, tra ampliamento dell'autonomia privata e tutela della parte debole. - 5.1. *Prenuptial agreements* e regime patrimoniale secondario. - 5.2. *Prenuptial agreements* e assegno post-matrimoniale. - 6. I *premarital agreements* nella prospettiva di riforma del diritto italiano: tra esigenze di flessibilità del regime secondario distributivo e di promozione di un approccio responsabile ed informato al matrimonio.

1. Funzione e motivi della diffusione dei *prenuptial agreements*

Con il termine *prenuptial agreement* si tende ad identificare, in prima approssimazione, il fenomeno degli accordi che i futuri sposi concludono per regolare alcuni aspetti della vita matrimoniale e di un'eventuale crisi coniugale.

La ricostruzione dei caratteri, della diffusione e dei lineamenti dei *prenuptial agreements* appare particolarmente complessa per una serie di ragioni che

emerge sia dall'analisi delle norme, della giurisprudenza e dei contributi scientifici in argomento (1) sia, per certi aspetti, già dall'osservazione di fonti di documentazione rivolte ad un pubblico non specializzato. Così, inserendo in un qualsiasi motore di ricerca le parole *prenuptial agreement* o *premarital agreement* ci si imbatte in decine e decine di siti *internet* che illustrano in modo semplice, diretto ed accessibile a chiunque cosa è un *prenuptial agreement*, quando è opportuno adottarlo, quali modalità seguire nella sua elaborazione. In molti casi vengono messi a disposizione modelli di *prenuptial agreement* che è possibile scaricare con costi estremamente contenuti (2); in altri siti è addirittura prevista la possibilità di creare *on-line* un accordo personalizzato: l'utente, seguendo una serie di indicazioni può compilare un modulo nel quale inserire dati relativi alla condizione personale e patrimoniale propria e del futuro coniuge e ricevere al proprio indirizzo *e-mail* un *prenup-*

Note:

(1) Per l'indicazione delle decisioni, degli articoli di dottrina e delle fonti legislative relative al diritto statunitense si seguiranno i criteri di citazione e le abbreviazioni convenzionalmente adottate in quel contesto; per una esaustiva illustrazione al riguardo cfr. le indicazioni del sito <http://www.rbs0.com/lawcit.html>, con specifico riferimento alle fonti normative dei diversi Stati cfr. il sito <http://legalcitation.net/quikstatecodes.html>.

(2) I siti <http://www.iprenuptials.com>, <http://www.lawguru.com>, ad esempio, offrono la possibilità di scaricare al prezzo di 12.95 \$ modelli di *premarital agreement* specificamente ideati per ogni singolo Stato.

tial agreement appositamente concepito sulla base delle indicazioni fornite (3).

Già da queste prime, superficiali modalità di approccio emergono indicazioni significative. In primo luogo la gran maggioranza dei siti *internet* dedicati all'argomento riguardano gli Stati Uniti. E in effetti, sebbene la figura dei *prenuptial agreements* ricorra in altri ordinamenti di *common law*, essa non presenta ovunque gli stessi caratteri e non ha raggiunto in ogni contesto la medesima diffusione.

Nell'ordinamento inglese, ad esempio, i *partners* possono dare vita a *prenuptial agreements* che, pur costituendo uno degli elementi di cui la corte terrà conto nel determinare gli assetti patrimoniali susseguenti al divorzio, non sono vincolanti per la corte e quindi non limitano gli ampi poteri discrezionali di cui essa dispone (4).

Nell'esperienza australiana la possibilità di dare vita ad accordi capaci di sostituirsi alle previsioni legislative (5) può manifestarsi entro una cornice di previsioni volte a salvaguardare i soggetti deboli della famiglia (6), a garantire la corretta formazione del consenso e a consentire la revisione degli accordi stessi nel caso in cui sopravvengano rilevanti mutamenti della situazione di fatto sulla base della quale furono conclusi (7).

Concentrando l'attenzione sul contesto del diritto statunitense emergono altre indicazioni estremamente significative. Nei siti dedicati all'argomento è ricorrente, ad esempio, l'avvertimento secondo cui "*marriage is not just an emotional and physical union; it is also a financial union. A prenup and the discussion that go with it can help ensure the financial well-being of the marriage*" (8), o quello per cui "*you don't have to be Rockefeller or Trump to need a premarital agreement*"; e anzi, "*a person who has managed to save 30,000 dollars may be more protective of their little nest egg than someone who has millions*". Anche sotto il profilo dell'opportunità di sottoscrivere un *prenuptial agreement* si riscontrano indicazioni concordanti nei diversi siti: in particolare si consiglia di adottarli a coloro che si accostano ad un secondo matrimonio nel caso in cui si intenda tutelare i figli già avuti in precedenza, a chi vuole preservare determinati beni dal rischio che possano essere assegnati al coniuge in caso di divorzio, a coloro che, conducendo in proprio una attività, intendono cautelarsi in caso di divorzio, a chi ha ricevuto una eredità, in genere a chi dispone di ingenti patrimoni personali e, ancora, nel caso in cui uno dei coniugi preveda di mantenere il *partner* agli studi, o quello in cui uno dei coniugi stia per conseguire un titolo che lo metterà in condizione di realizzare ingenti profitti (9).

Con specifico riferimento alle conseguenze patrimoniali del divorzio si avverte che "*without a prenup you are letting your financial future be determined by a third party*" (10). Quindi si specifica che nel caso in cui si viva in uno dei *community property states* (California, Arizona, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington), in assenza di un accordo che disponga diver-

samente, la legge prevede che i beni accumulati durante il matrimonio e caduti in comunione vengano divisi in parti uguali; negli *equitable distribution states*, invece, le corti dividono il patrimonio con un ampio margine di discrezionalità, sulla base di una serie di criteri tra cui figurano la capacità di reddito, il contributo dato alla formazione del patrimonio comune e di ciascuno, l'età, la salute, la durata del matrimonio. In definitiva, pertanto, stipulare un *prenuptial agreement* può significare mettersi al sicuro da incertezze circa la divisione del patrimonio negli *equitable distribution states*, o evitare - nei

Note:

(3) Sul tema si segnalano, tra i tanti www.bankrate.com/bnm/green/special/prenup5.asp; www.Legalzoom.com; www.easyprenuptialagreements.com; <http://www.lawguru.com>; <http://www.forms.versuslaw.com/premarital.html>; <http://www.secure.uslegalforms.com>; <http://www.divorcenet.com/states/georgia>; <http://www.gettingmarried.com>; www.rhrouse.com/prenuptial-agreements.html.

(4) Il consolidato orientamento secondo cui "on the basis of public policy, antenuptial agreements as a class are not specifically enforceable in English law" emerge, tra le altre, nella decisione *N v. N (jurisdiction: prenuptial agreement)* 1999 2 *Family Law Reports*, 745; nel caso *F v. F (Ancillary Relief: Substantial Assets)*, 1995, 2, in *Family Law Reports*, 45, il giudice Thorpe J afferma che gli accordi prematrimoniali "must be of very limited significance" in quanto i diritti patrimoniali dei coniugi costituiscono una materia regolata dalla legge e "cannot be much influenced by contractual terms which were devised for the control and limitation of standards that are intended to be of universal application through our society". Nel caso *S v. S. (Divorce Staying Proceedings)* 1997, 2, *Family Law Reports*, 100, l'ante-nuptial agreement con il quale il marito predeterminava quanto dovuto moglie in caso di divorzio viene preso in considerazione come uno dei fattori alla luce del quale il giudice adotta la decisione, nell'esercizio dei poteri discrezionali conferitigli dalla sezione 25 (2) (g) del *Matrimonial Causes Act*; in senso analogo si veda la decisione *M v. M (Prenuptial Agreement)* 2002 1 *Family Law Reports*, 654, con commento di Bailey-Harris. Il legislatore ha mostrato di avvertire l'attualità del problema predisponendo nel 1998 un *consultation paper* (*Green Paper Supporting Families*, in <http://www.homeoffice.gov.uk/docs/suppfam.html>) che costituisce il primo passo verso l'individuazione dei criteri di massima per dare vita a *prenuptial agreements* capaci di limitare in modo più incisivo l'ampia discrezionalità di cui il giudice dispone.

(5) La materia è disciplinata dal *Family Law Amendment Act*, n. 143 del 2000, con il quale si è inserita una nuova parte (la Part VIII A, che comprende le sezioni 90-90K) nel *Family Law Act* del 1975.

(6) Anzitutto è escluso che gli accordi tra i coniugi possano disporre riguardo al mantenimento dei figli in modo definitivo e vincolante per il giudice. Inoltre, nel caso in cui si accerti che al momento della conclusione dell'accordo uno dei coniugi fosse incapace di provvedere a sé stesso e nella condizione di dover richiedere i sussidi pubblici permane la possibilità per la corte di imporre all'altro un obbligo di mantenimento a prescindere da qualsiasi previsione contrattuale volta a limitarlo o escluderlo (cfr. section 90 F (1) e (1A) *Family Law Act*).

(7) La section 90 K (1) (a)-(g).

(8) Cfr. il sito www.bankrate.com/bnm/green/special/prenup5.asp

(9) Si vedano, ad esempio, i siti www.bankrate.com/bnm/green/special/prenup5.asp; www.easyprenuptialagreements.com; <http://www.gettingmarried.com>. In dottrina Bix, *Premarital Agreements in the ALI Principles of Family Dissolution*, in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2001, 233, afferma che "The 'folk wisdom' regarding premarital agreements is that most such agreements (though far from all of them) are entered by rich men to protect their assets from less well off women".

(10) www.bankrate.com/bnm/green/special/prenup2.asp.

community property states - che metà dei beni acquistati nel corso del matrimonio siano automaticamente attribuiti all'altro coniuge.

Sotto questo profilo emerge un primo importante aspetto di differenziazione che impedisce di riguardare i *prenuptial agreement* come fenomeno uniforme nel contesto degli Stati Uniti: infatti se si considera che il *premarital agreement* può essere definito come “an agreement between parties contemplating marriage that alters or confirms the legal rights and obligations that would otherwise arise under (...) law governing marital dissolution” (11) e che *legal rights and obligations* su cui esso incide vengono disciplinati secondo regole proprie di ciascuno Stato, si può concludere che il *prenuptial agreement* assolve a funzioni differenziate in ragione del contesto normativo in cui opera. A tale riguardo la dottrina ha fatto ricorso all'incisiva espressione “*bargaining in the shadow of the law*” proprio per indicare che gli accordi tra coniugi tendono necessariamente a forgiarsi all'ombra del regime legale vigente (12).

A questo rilievo si deve aggiungere che anche per quanto concerne la disciplina dei *prenuptial agreement* sotto il profilo della validità, dell'oggetto, della forma, ecc., ciascun ordinamento prevede regole proprie.

In altre parole la *lack of uniformity in state's treatment of prenuptial agreements* (13) si coglie sotto un duplice profilo: sia come diretta conseguenza del fatto che ciascuno Stato disciplina con regole proprie il fenomeno dei *prenuptial agreements*, sia come indiretta conseguenza del fatto che i *prenuptial agreements* operano in contesti normativi che differiscono da Stato a Stato.

L'insieme di questi fattori induce a ritenere che ai fini di una piena comprensione del fenomeno dei *prenuptial agreements* non sia sufficiente limitare l'analisi alla loro disciplina, ma occorra considerare anche i differenti contesti normativi in cui essi operano e quindi le regole su cui vanno ad incidere.

Entrambi i profili indicati, poi, debbono essere costantemente riguardati in una duplice prospettiva che tenga conto da un lato della frammentazione statale delle discipline, senza dimenticare, dall'altro, la tendenza ad individuare regole uniformi ed a promuoverne l'adozione (14).

2. I differenti sistemi legali di attribuzione dei beni: gli equitable distribution states ed i community of property states

Nell'ambito del diritto statunitense una prima importante distinzione deve essere operata tra i *community of property states* e gli *equitable distribution states*.

I *community of property states* si caratterizzano per la presenza di regole di attribuzione comune dei beni in costanza di matrimonio: si distingue tra *marital property*, che ricomprende in linea di massima i beni acquistati in costanza di matrimonio, e *separate property*, in cui ricadono i beni personali; al momento della dissoluzione del matrimonio la prima è soggetta a divisione in parti

uguali, mentre la seconda viene assegnata in ragione della titolarità formale (15).

Negli *equitable distribution states* i rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati secondo modalità che si differenziano nettamente rispetto al modello appena descritto sia per quanto concerne la fase fisiologica del matrimonio, sia per quanto attiene quella della crisi coniugale. Anzitutto non vi sono regole di appartenenza dei beni in costanza di matrimonio: in altre parole durante la fase fisiologica del rapporto il matrimonio non costituisce una variabile capace di incidere sulla titolarità dei beni e quindi il fatto che una persona sia coniugata non dà luogo all'applicazione di “statuti giuridici particolari” in ordine alla titolarità dei beni acquistati successivamente al matrimonio. Tali beni, pertanto, sono di esclusiva proprietà dell'intestatario, oppure comuni, nel caso in cui i coniugi decidano di cointestarsi. In passato il riferimento alla titolarità formale dei beni come unico criterio per deciderne l'attribuzione veniva seguito anche nel contesto della dissoluzione del matrimonio: in applicazione della *traditional common-law title theory of property* al momento del divorzio ciascun coniuge conservava la titolarità dei beni di cui era intestatario (16).

Note:

(11) Cfr. section 7.01 *Scope and Definitions*.

(12) In argomento v. Wax, *Bargaining in the Shadow of the Market: Is there a Future for Egalitarian Marriage?* in 84 Va. law. Rev., 509, 1998; Frommer Brod, *Premarital Agreements and Gender Justice*, in 6 Yale Journal of Law and Feminism 229, 1994; Bix, *Bargaining in the Shadow of Love: the Enforcement of Premarital Agreements and how we think about Marriage*, in 40 William and Mary Law Review, 145, 1998.

(13) Per un più approfondito esame della problematica si rinvia alla Prefatory Note contenuta nel sito della National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (<http://www.nccusl.org>). In argomento v. anche Shukman, *Show Her the Money: the California Court of Appeal's Mistake Concerning In re Marriage of Bonds*, in Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, 2000, 457; Nasheri, *Prenuptial Agreements In The United States: A Need for Closer Control*, in International Journal of Law and Policy and the Family, 1998, vol. 12, 309-310.

(14) La National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), costituita nel 1892 con lo scopo di promuovere leggi uniformi ha elaborato sia Uniform Marriage and Divorce Act del 1970, sia l'Uniform Premarital Agreement Act del 1983. Altre istituzioni che perseguono analoghi obiettivi sono la American Bar Association (ABA) (<http://www.abanet.org>) e l'American Law Institute (ALI) (<http://www.ali.org>) che ha elaborato i Principles of the Law of Family Dissolution, pubblicati nel 2002.

(15) Dallon, *The Likely Impact of the ALI Principles of the Law of Family Dissolution on Property Division*, in Birmingham Young University Law Review 2001, 891; Katz, *Family Law in America*, New York, 2003, 87 ss.

(16) Il commento (a) alla section 4.02 dei Principles of the Law of Family Dissolution afferma che nel tradizionale common-law title system “there was no concept of marital property. Even after a long marriage the divorce court had no general authority to allocate to one spouse property whose title was held by the other spouse or which was acquired with the other spouse's earnings”. In proposito v. anche Matz, *Game theory, the adjusted winner procedure and property division*, in Brooklyn Law Review, 2001, 1339, secondo cui la principale ragione dell'abbandono del “pure separate property scheme” risiede nella consapevolezza del fatto che esso poteva condurre a risultati inaccettabili.

L'esigenza di garantire un'adeguata tutela al coniuge che abbia indirettamente contribuito alla formazione del patrimonio dalla famiglia ha condotto via via all'abbandono di questa impostazione nel contesto della fase patologica del rapporto ed alla adozione del differente approccio sintetizzato nella formula della *equitable distribution system*. In questo modo, pur permanendo l'assenza di regole di attribuzione comune dei beni in costanza di matrimonio, al momento del divorzio il giudice può dividerli a prescindere dalla loro intestazione formale. In altre parole si può dire che il matrimonio comporta implicazioni sul patrimonio dei coniugi che, pur restando latenti nella fase fisiologica del rapporto (in cui ciascuno è titolare dei beni a lui intestati), si manifestano in modo assai incisivo in quella patologica. Al momento del divorzio, infatti, il giudice prende in considerazione i patrimoni dei coniugi nel loro complesso e li riguarda alla stregua di una entità da dividere in modo da realizzare una equa allocazione delle risorse attenendosi ad una serie di criteri tra i quali non esiste un preciso ordine gerarchico (17).

All'interno degli *equitable distribution states* occorre operare una ulteriore distinzione con riguardo all'oggetto della divisione. Infatti, ferma restando la regola per cui i beni soggetti a divisione vengono ripartiti secondo l'*equitable distribution system*, si distingue tra Stati nei quali ogni bene può considerarsi potenzialmente soggetto a divisione (*hotchpot system states* o *all-property states*) e Stati in cui (*dual-classification states* o *hybrid states*) si distingue tra *separate property* e *marital property* e si assegna solo quest'ultima a divisione equitativa (18).

Sotto questo profilo si è registrata una tendenza all'avvicinamento degli *equitable distribution states* che adottano la c.d. *dual-classification* al modello dei *community of property states*; avvicinamento reso ancor più evidente anche in considerazione del fatto che in molti *equitable distribution states* le corti tendono a dividere la *marital property* in parti uguali facendo ricorso al concetto di *starting point* o talvolta adottando una vera e propria presunzione (19).

Occorre tenere presente, tuttavia, che tra i due sistemi permangono incisivi profili di differenziazione: anzitutto l'estensione dei concetti di *separate property* e *marital property* variano da Stato a Stato (20); inoltre la regola secondo cui il patrimonio complessivo deve essere diviso in parti uguali ha la forza di uno *starting point* o, al più di una *presumption*, da cui è comunque possibile discostarsi; infine nei *community of property states* la contitolarità dell'acquisto si realizza per molte categorie di beni già in costanza di matrimonio, mentre negli *equitable distribution states* si conservano titolarità ed amministrazione individuale nel corso del matrimonio per poi attuare la compartecipazione solo al momento della dissoluzione.

Il fatto che l'*equitable distribution system* consenta al giudice di decidere riguardo ai profili indicati considerando una serie di criteri tra loro estremamente ampia, etero-

genea e non gerarchicamente ordinata, da un lato comporta il vantaggio di un'elevata flessibilità nell'individuare caso per caso la soluzione più aderente alle particolarità della singola fattispecie concreta, ma dall'altro determina un notevole grado di incertezza circa le implicazioni patrimoniali di un eventuale divorzio (21). Proprio sulla base di queste premesse si è sviluppato un forte interesse riguardo alla possibilità di predeterminare convenzionalmente le conseguenze patrimoniali del divorzio ammettendo la possibilità di stipulare accordi prematrimoniali in grado di limitare i poteri discrezionali del giudice (22).

In prima approssimazione, pertanto, si può dire che i *prenuptial agreements* assolvono alla funzione di modificare o escludere il regime della comunione legale nei

Note:

(17) Katz, *Family Law in America*, cit., 87, afferma che "the common law property system is based on evidence of title". Con l'introduzione dell'*equitable distribution system*, invece, "the governing statute provides a list of 'factors' that the trial judge is authorized or directed to consider in deciding the fairest allocation of the property. These statutes typically provide the judge no guidance in weighing the relative importance of the various factors. Although these lists often include eight or 10 factors, most of the factors are specific examples of two basic but conflicting principles: property should be allocated in proportion to the spousal contributions to its acquisition, and property should be allocated according to relative spousal need". Con specifico riferimento allo Stato di New York, v. David Kaufman, *The New York equitable distribution statute: an update*, in 53 *Brooklyn Law Review*, 1987, 845. Pur non essendo possibile esaurire in questa sede una così vasta tematica, occorre tenere presente l'esistenza di altri rimedi attraverso i quali è possibile riconoscere un interesse del coniuge non intestatario sui beni dell'altro; tra questi particolare importanza riveste l'istituto del *constructive trust* (sul punto cfr. Cretney and Masson, *Principles of Family Law*, London, 2003, 116 ss.; *Quantum in Gissing v. Gissing Constructive Trust*, in 120 *Law Quarterly Review*, 2004, 540).

(18) La dottrina ha messo in luce che la distinzione tra *all-property system* e *hybrid system* "is not always easy and results are sometimes confusing" (Dallon, *The Likely Impact of the ALI Principles of the Law of Family Dissolution on Property Division*, cit., nota 62). Così, non è escluso che alcuni *all property states* conoscano distinzioni tra *separate* e *marital property* (Dallon, *The Likely Impact of the ALI Principles of the Law of Family Dissolution on Property Division*, cit., nt. 65). Operata tale premessa vengono indicati come esempi di *all property states* il Connecticut (Conn. Gen. Stat. Ann. 46 (b)-81 (West. Supp. 2000)) ed il New Hampshire (N.H. Rev. Stat. Ann. 458: 16-a (Supp. 2000)) (Dallon, *The Likely Impact of the ALI Principles of the Law of Family Dissolution on Property Division*, cit., nota 17). Per una immediata ed efficace sintesi della attuale situazione si rinvia alla tavola sinottica del sito <http://www.divorcesource.com/tables/reform>.

(19) Al riguardo si vedano le analitiche indicazioni di Dallon, *The Likely Impact of the ALI Principles of the Law of Family Dissolution on Property Division*, cit., nt. 75, che fa riferimento, tra gli altri, agli Stati dell'Arkansas (Ark. Code Ann. 9-12-315 (a)(1)(A) (Michie Supp. 1999)), della Florida, (Fla. Stat. Ann. 61.075 (1) (West. Supp. 2001)), dell'Indiana (Ind. Code Ann. 31-15-7-5 (Michie Supp. 2000)) e del Nevada (Nev. Rev. Stat. Ann. 125.150 (1)(b) (Michie Supp. 1999)).

(20) Katz, *Family Law in America*, cit., 92.

(21) Blumberg, *The Financial Incidents of Family Dissolution*, in *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, a cura di Katz, Eekelaar e Maclean, Oxford, 2000, 396 ss.; Katz, *Family Law in America*, cit., 93.

(22) Katz, *Family Law in America*, cit., 33.

community of property states e limitare l'ampia discrezionalità del giudice negli *equitable distribution states*. In quest'ultimo contesto mediante l'*agreement* è possibile individuare beni o categorie di beni non soggetti alla *equitable distribution* negli Stati in cui non si distingue tra *marital property* e *separate property* (c.d. *all-property states*) e modificare l'estensione delle categoria della *marital property* e *separate property* laddove tale distinzione è prevista (c.d. *dual-classification system states*).

3. I prenuptial agreements tra disciplina dei singoli Stati e Principi uniformi

Negli Stati Uniti la possibilità di concludere *prenuptial agreements* capaci di limitare i poteri discrezionali del giudice con riferimento ai riflessi patrimoniali del divorzio si è sviluppata a partire dall'inizio degli anni Settanta (23).

Il fenomeno si collega sotto un duplice profilo alla diffusa adozione del *no-fault divorce* (24). Infatti il generalizzato abbandono da parte delle singole legislazioni statuali del modello di divorzio basato sulla colpa da un lato ha comportato il venir meno dei profili di contrarietà alla *public policy* che in precedenza avevano costituito il maggiore ostacolo all'ammissibilità di *agreements* volti a regolare le conseguenze di un eventuale divorzio (25); e, dall'altro, determinando un indebolimento del vincolo coniugale, ha reso opportuno rafforzare la tutela patrimoniale dei soggetti deboli della famiglia. Proprio quest'ultima esigenza ha fatto sì che in molti ordinamenti si sostituisse al tradizionale *common-law title system* - in cui i beni erano attribuiti esclusivamente in funzione della titolarità formale - l'*equitable distribution system*, in cui il giudice del divorzio, a prescindere dall'intestazione formale dei beni, può dividerli in considerazione di una serie di criteri volti a realizzare una equa allocazione delle risorse. E proprio in un contesto nel quale la tutela dei soggetti deboli della famiglia veniva realizzata mediante il conferimento alle corti di poteri estremamente ampi ed incisivi, il fenomeno dei *prenuptial agreements* si è sviluppato per arginare almeno in parte una discrezionalità che talvolta poteva essere avvertita come una indebita intrusione in sfere private (26).

Ad una prima fase nella quale la figura dei *prenuptial agreements* si è diffusa in modo disomogeneo nei differenti Stati, ha fatto seguito la tendenza a superare il problema della mancanza di uniformità della disciplina mediante l'elaborazione di principi comuni. Tale esigenza ha trovato riscontro dapprima nell'*Uniform Premarital Agreement Act* elaborato dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* e pubblicato nel 1983, quindi nei *Principles of the Law of Family Dissolution* elaborati dall'*American Law Institute* e pubblicati nel 2002, che ai *prenuptial agreements* dedicano l'intero Chapter 7.

Le raccolte di principi uniformi rivestono notevole interesse sotto differenti profili: in primo luogo perché as-

solgono alla funzione di riorganizzare orientamenti giurisprudenziali via via consolidatisi nell'esperienza appli-

Note:

(23) Sull'argomento v. Nasheri, *Prenuptial Agreements In The United States: A Need For Closer Control*, cit., 307; Counce, *Cary v. Cary: Antenuptial Agreements Waiving or Limiting Alimony in Tennessee*, in *University of Memphis Law Review*, 1997, 1041; Graham, *Uniform premarital Agreement Act and Modern Social Policy: the Enforceability of Premarital Agreements Regulating the Ongoing Marriage*, in *Wake Forest Law Review*, 1993, 1037; Frommer Brod, *Premarital Agreements and Gender Justice*, cit., 229; Katz, *Family Law in America*, cit., 30.

(24) Schneider, Recensione a Jacob, *A Silent Revolution: Routine Policy Making and the Transformation of Divorce Law in the United States*, in 86 *Michigan Law Review*, 1988, 1124, afferma che già nel 1974 quarantacinque Stati "had what could be described as no-fault divorce. By 1985, every state had no-fault divorce grounds, although many states also retained fault grounds". L'A., tuttavia precisa che questa affermazione può essere forviante in quanto l'espressione *no-fault divorce* "is an ambiguous term": infatti "pure no-fault states permit divorce if the marriage has irrevitably broken down, but statutes allowing divorce after separation for a defined period are also often considered no-fault statutes". Proprio in virtù di questa ampia definizione si è affermato che "presently no pure fault based divorce jurisdictions remain" (Matz, *Game theory, the adjusted winner procedure and property division*, cit., nota 6). Sul *no-fault divorce* si vedano Weitzman, *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York, 1985, in part. 15-51; Jacob, *Silent Revolution: The Transformation of Divorce Law in the United States*, Chicago, 1988; Ellman, *Divorce in the United States*, in *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, a cura di Katz, Eekelaar e Maclean, Oxford, 2000, 341 ss.; Katz, *Family Law in America*, cit., 82. Una sintetica ed immediata illustrazione dell'attuale situazione negli Stati Uniti è fornita, dal sito <http://www.deltabravo.net>.

(25) Sul punto si veda la ricostruzione incisivamente delineata nel commento ufficiale alla section 7.01 dei *Principles of the Law of Family Dissolution*: "At one time, the law did not enforce agreements between prospective spouses that 'contemplated divorce,' as contrasted with agreements that applied only if the parties' marriage ended by death. This bar followed from the rule of fault divorce that then prevailed, which of course disallowed divorce by mutual consent. Under that regime, a spousal agreement concerning divorce could be seen as suggesting their forbidden collusion in generating evidence of the fault grounds required to dissolve their marriage. The nationwide abandonment of traditional fault divorce since the 1970s eliminated this absolute barrier to premarital agreements". Nello stesso commento vengono indicate tra le più significative decisioni in cui le corti si sono pronunciate in tal senso i casi *Scherer v. Scherer*, 292 S.E.2d 662 (Ga.1982); *Posner v. Posner*, 233 So. 2d 381 (Fla. 1970). Sempre a tale riguardo Counce, *Cary v. Cary, Antenuptial Agreements - Waiving or Limiting Alimony in Tennessee*, cit., 1045, illustra le fasi che hanno condotto da una posizione secondo cui si riteneva che gli *agreements* incentivassero il divorzio, e pertanto dovessero essere vietati, a quella in cui l'avvento del *no-fault divorce* ha dissipato tale preoccupazione, fino alla fase attuale in cui si ritiene addirittura che i *prenuptial agreements* possano costituire uno strumento per incoraggiare il matrimonio in quanto consentono di predeterminare le conseguenze del divorzio con riferimento ai profili patrimoniali (cfr. anche le indicazioni contenute nel sito *American Bar Association (ABA)* (<http://www.abanet.org>)).

(26) Come incisivamente messo in luce dal commento della section 7.02 dei *Principles of the Law of Family Dissolution*: "Indeed, this duality was much in evidence when the introduction of no-fault divorce was accompanied in most common-law states by introduction or expansion of the doctrine of equitable distribution of the parties' property. Parties were then free to leave marriage at will, but a new mechanism was put in place to further economic justice by means of property distribution at divorce. By the mid-1980s, however, all common-law states had moved to some form of 'equitable distribution,' under which the divorce court could allocate property on a basis other than title or the source of earnings used to acquire it".

cativa dei diversi Stati; quindi perché con esse si tende anche ad individuare e promuovere soluzioni innovative (27).

D'altra parte occorre tenere presente che la loro effettiva influenza sulle concrete decisioni dipende dal fatto che ciascun singolo Stato le recepisca a livello legislativo o giurisprudenziale.

Così i recenti *Principles of the Law of Family Dissolution*, pur costituendo un modello da osservare con estremo interesse, devono essere riguardati con la consapevolezza del fatto che il loro effettivo impatto sul diritto positivo dei diversi ordinamenti dipenderà dalla misura in cui i singoli Stati li recepiranno (28).

Sotto questo profilo alcuni dati riguardanti la diffusione del *Uniform Premarital Agreement Act* dal 1983 ad oggi mostrano come il problema della *lack of uniformity* sia ancora attuale: in primo luogo, poiché esso è stato adottato in ventisei dei cinquanta Stati americani, permangono ben ventiquattro c.d. *No-UPAA jurisdictions* (29); inoltre anche negli ordinamenti che lo hanno recepito non mancano casi nei quali il legislatore nazionale ha adottato significative modifiche o, ancora, ipotesi in cui, pur in presenza di una ricezione letterale del testo originale, un fattore di disomogeneità è stato introdotto mediante l'attività interpretativa della giurisprudenza che ha elaborato soluzioni differenti da Stato a Stato. Del resto una chiara indicazione circa il fatto che l'obiettivo di addivenire ad una disciplina uniforme non sia ancora stato raggiunto emerge già dalla constatazione che ogni sito *internet* che si proponga di fornire schemi di accordi prevede uno specifico modello per ciascuno Stato (30).

Pertanto, come già osservato, la definizione di *prenuptial agreement*, le funzioni che esso assolve e le regole che riguardano profili quali la forma l'oggetto, i requisiti di validità, la rilevanza delle sopravvenienze, sono tutti aspetti che, pur potendo essere riguardati in una prospettiva che, valorizzando i molteplici elementi comuni, tenda ad individuare regole uniformi, debbono essere necessariamente considerati anche nella differente ottica che tenga conto della frammentazione statutale delle discipline.

3.1. Segue: definizione, forma e oggetto

L'*Uniform Premarital Agreement Act* del 1983, che mira ad assolvere la funzione di *rulebook for advising couples on drafting valid prenuptial agreements* (31) e a dare avvio ad un processo di armonizzazione della disciplina dei *prenuptial agreements* nei diversi Stati, definisce il "*Premarital agreement*" come "*an agreement between prospective spouses made in contemplation of marriage and to be effective upon marriage*" (32); restano pertanto esclusi dalla previsione sia gli accordi tra conviventi sia i *postnuptial* ed i *separation agreements* (33).

La definizione trova conferma anche nella *section 7.01, Scope and Definitions*, dei *Principles of the Law of Family Dissolution*, secondo cui il *premarital agreement* è "an

agreement between parties contemplating marriage that alters or confirms the legal rights and obligations that would otherwise arise under these Principles or other law governing marital dissolution"; tuttavia una significativa differenza rispetto a quanto previsto dall'*Uniform Premarital Agreement Act*, si riscontra sia laddove l'applicazione delle regole dettate in tema di *premarital agreement* viene estesa anche agli accordi tra conviventi (34) sia allorché, oltre alla possibilità di dare vita a *prenuptial agreements*, si prevede quella di stipulare *marital agreements* e *separation agreements* (35).

Per quanto concerne la forma richiesta ai fini della validità del *prenuptial agreement* il principio secondo cui "A

Note:

(27) Sotto questo profilo si tende a distinguere tra *principles* e *restatement*: "The difference between principles and restatement is that principles emphasize emerging concepts rather than describing or merely restating the current position of law" (Dallon, *The Likely Impact of the ALI Principles of the Law of Family Dissolution on Property Division*, cit., 901).

(28) L'*American Law Institute* (<http://www.ali.org>) - fondato nel 1923 con lo scopo di promuovere una più razionale ed efficiente applicazione della legge negli Stati Uniti - ha elaborato numerosi *Restatements* al fine di riordinare i principi formati nel corso degli anni nei differenti Stati; inoltre, con riferimento a settori del diritto rispetto ai quali si è avvertita la necessità di una riforma, ha condotto studi culminati nella pubblicazione di raccolte di principi che in parte sintetizzano orientamenti consolidati e in parte propongono soluzioni innovative. In quest'ultimo contesto si collocano *Principles of the Law of Family Dissolution*: nell'introduzione, infatti, specifica che alcune previsioni sono indirizzate alle corti nella loro funzione di "*decisionmakers*", mentre altre - rivolte ai *rulemakers* - sono formulate in una prospettiva *de iure condendo*.

(29) L'*Uniform Premarital Agreement Act* elaborato dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* è stato adottato nei seguenti Stati: Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, New Jersey, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Texas, Utah, Virginia (Shukman, *Show Her the Money: the California Court of Appeal's Mistake Concerning In re Marriage of Bonds*, cit., nota 298; oppure v. il sito <http://www.law.cornell.edu/uniform/vol19.html>).

(30) Cfr., tra i tanti, <http://www.iprenuptials.com>, <http://www.lawguru.com>.

(31) Nasheri, *Prenuptial Agreements In The United States: A Need For Closer Control*, cit., 308.

(32) Così la *section 1* dell'*Uniform Premarital Agreement Act*.

(33) Nel commento ufficiale alla disposizione si afferma che "Agreements between persons living together but not contemplating marriage (...) and postnuptial or separation agreements are outside the scope of this Act". Ad ulteriore conferma di ciò la *section 4 Effect of the Marriage* dispone che "A premarital agreement becomes effective upon marriage".

(34) La *section 7.01* dispone: "except where otherwise specified, this Chapter also applies to agreements between current or prospective domestic partners".

(35) Dal *premarital agreement* si distinguono il "*marital agreement*", definito come "an agreement between spouses who plan to continue their marriage that alters or confirms the legal rights and obligations that would otherwise arise under these Principles or other law governing marital dissolution" ed il *separation agreement* che è "an agreement made by spouses who intend a permanent separation or marital dissolution, or by domestic partners at the dissolution of their relationship, concerning the terms of the separation or dissolution, including any continuing obligations of the parties to one another".

premarital agreement must be in writing and signed by both parties”, enunciato nella section 2 dell'*Uniform Premarital Agreement Act*, e ribadito nella section 7.04 (*Procedural Requirements*) (1) dei *Principles of the Law of Family Dissolution* (36), è universalmente accolto in tutti gli Stati.

Anche con riferimento alle materie che possono formare oggetto di un *prenuptial agreement* si può affermare che il principio secondo cui “*The right of a child to support may not be adversely affected by a premarital agreement*” enunciato nella section 3 (b) dell'*Uniform Premarital Agreement Act* e integralmente recepito nella section 7.06 *Child Support*, dei *Principles of the Law of Family Dissolution*, è comune a tutte le legislazioni statuali. Lo stesso può dirsi per quanto concerne i profili relativi all'affidamento della prole ed all'esercizio della potestà (37).

Una certa uniformità di vedute sembra essersi consolidata anche con riferimento alla validità di pattuizioni riguardanti profili personali ed in particolare attinenti alla sfera della vita sessuale e della professione della fede religiosa. Nonostante la section 3 (a) (8) dell'*Uniform Premarital Agreement Act*, riconoscendo la possibilità di stipulare *prenuptial agreements* riguardo a “*any other matter, including their personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty*”, sembri legittimare simili accordi, la casistica giurisprudenziale evidenzia una netta chiusura riguardo alla possibilità di considerare *enforceable* clausole concernenti i rapporti personali (38).

Anche la regola - sintetizzata nella section 7.08 (39) dei *Principles of the Law of Family Dissolution* - secondo cui i *premarital agreements* non possono incidere sui presupposti per accedere al divorzio (*grounds of divorce*) è comune a tutte le giurisdizioni. Sotto questo profilo la possibilità per i coniugi di restringere convenzionalmente i *grounds of divorce* si realizza solo in quegli Stati (Arizona Arkansas e Louisiana) che hanno introdotto il c.d. *Covenant Marriage*, ossia un modello di matrimonio nel quale il divorzio può essere ottenuto solo sulla base di un comportamento colpevole della parte che lo subisce (40).

Diverso problema è quello dei riflessi della colpa su profili quali la divisione del patrimonio e il diritto al mantenimento. A questo riguardo occorre distinguere tra gli Stati in cui vige il principio secondo il quale la colpa non si riverbera sulle decisioni riguardanti la divisione dei beni ed il mantenimento e quelli nei quali, al contrario, essa assume rilievo a tal fine (41). L'accordo con il quale si prevedono determinate conseguenze patrimoniali al ricorrere di violazioni dei doveri matrimoniali deve considerarsi in linea di principio ammissibile solo in questi ultimi, mentre risulta inammissibile nei primi (42).

3.2. *Segue: spousal support, procedural requirements, sopravvenienze e fairness test*

A fronte dei punti di contatto illustrati, permangono sensibili differenziazioni soprattutto per quanto concer-

ne il profilo dei *procedural requirements* volti a garantire la corretta e consapevole formazione del consenso, quello dell'opportunità di un controllo giudiziale sull'equità dell'accordo (*fairness test*) al momento della sua esecuzione, infine quello dell'ammissibilità di pattuizioni che riducano o eliminino il diritto al mantenimento (*spousal support*). E in effetti, l'individuazione di un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire a livello generale un elevato grado di prevedibilità e certezza circa i riflessi patrimoniali del divorzio (*predictability*), valorizzando al massimo l'autonomia dei privati, e quella di evitare che in concreto l'esecuzione dell'accordo possa presentare profili di iniquità per una delle parti (*fairness*) riflette le differenti scelte di politica del diritto proprie di ciascun ordinamento statale (43).

In tal senso il modello proposto nell'*Uniform Premarital Agreement Act*, segna il momento in cui l'autonomia privata e la possibilità di predeterminare in modo certo le conseguenze patrimoniali del divorzio (*predictability*) vengono maggiormente valorizzate, ed il controllo pubblico sull'equità dei singoli accordi (*fairness*) maggiormente limitato (44).

Note:

(36) Così la section 7.04 (1): “an agreement is not enforceable if it is not set forth in a writing signed by both parties”.

(37) Sul punto v. Katz, *Family Law in America*, cit., 34. Anche nei *Principles of the Law of Family Dissolution* la section 7.07 (*Allocation of Custodial Responsibility and Decisionmaking Responsibility for Children*) esclude che un *agreement* possa disporre riguardo a questioni quali l'affidamento dei minori e l'esercizio della potestà dei genitori.

(38) Graham, *Uniform Premarital Agreement Act and Modern Social Policy: the Enforceability of Premarital Agreements Regulating the Ongoing Marriage*, cit., 1045, afferma che: “most courts have been unwilling to enforce premarital agreements setting forth the living arrangements of the parties and their families”; in argomento v. anche Katz, *Family Law in America*, cit., 34.

(39) La section 7.08 dei *Principles* dispone: “A term in an agreement is not enforceable if it limits or enlarges the grounds for divorce otherwise available under state law”.

(40) In argomento v. Ellman, *Divorce in the United States*, in *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, cit., 341 ss.; Bix, *Premarital Agreements in the ALI Principles of Family Dissolution*, cit., 234.

(41) Katz, *Family Law in America*, cit., 80, nota 10, indica in questo senso Alabama, Arizona, Connecticut, Florida, Georgia, Idaho, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New York, North Dakota, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, West Virginia, Wyoming.

(42) Cfr. section 7.08 (2) dei *Principles of the law of family dissolution* e in particolare il commento (b) in cui si specifica che negli Stati in cui la violazione dei doveri matrimoniali non rileva ai fini della determinazione dei riflessi patrimoniali del divorzio i coniugi non possono reintrodurre tale rilevanza mediante previsioni convenzionali.

(43) Bix, *Bargaining in the Shadow of Love: the Enforcement of Premarital Agreements and how we think about Marriage*, cit., 145 ss. e in part. 207.

(44) Nel commento ufficiale alla section 7.05 dei *Principles of the Law of Family Dissolution* si evidenzia come, al di là di questa limitata ipotesi, nell'*Uniform Premarital Agreement Act* non trovi riconoscimento quella

(segue)

Così in base ai principi enunciati nella *section 6 (Enforcement)*, l'*agreement* si considera non *enforceable* qualora la parte che ha interesse a che questo non produca effetto dimostri di non averlo concluso liberamente ((a)(1)), ovvero che al momento della conclusione erano presenti i presupposti dell'*unconscionability* ((a)(2)), o, ancora, che prima della conclusione dell'*agreement* non avesse avuto luogo una *fair and reasonable disclosure of the property or financial obligations of the other party* ((a)(2)(i)), o, comunque, non vi fosse stata un'effettiva possibilità di rendersi conto della situazione patrimoniale della controparte ((a)(2)(ii)(iii)). L'eventualità che la corte sottoponga l'accordo ad un *fairness test* volto a verificare se, a seguito di mutamenti sopravvenuti delle circostanze, esso presenti profili di iniquità, invece, è limitata al solo caso in cui l'*agreement* modifichi o elimini lo *spousal support* al punto da mettere il coniuge debole nelle condizioni di domandare l'inserimento in un programma di assistenza pubblica (*program of public assistance*) (b); ipotesi, quest'ultima, nella quale la corte può ordinare al coniuge economicamente forte di erogare quanto necessario ad evitare tale evenienza (45).

L'idea di fondo sottesa ad una simile previsione appare in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, muovendo dall'assunto di una sostanziale eguaglianza dei coniugi, ritiene che l'indisponibilità delle tutele poste a protezione della parte debole rappresenti il retaggio di un approccio paternalistico ormai superato (46).

L'analisi delle vicende successive all'elaborazione dell'*Uniform Premarital Agreement Act* mostra che l'attuazione della scelta di politica del diritto illustrata da un lato ha trovato seguito in molti degli Stati che lo hanno adottato, ma, dall'altro, è stata ampiamente criticata da parte della dottrina (47) ed ha incontrato diverse resistenze. Soprattutto sotto questo profilo occorre in primo luogo tenere in considerazione che, come già anticipato, l'*Uniform Premarital Agreement Act* è stato adottato in ventisei Stati e pertanto permangono molte giurisdizioni in cui esso non trova applicazione (c.d. *No-UPAA jurisdictions*) (48); inoltre otto degli Stati aderenti all'UPAA, hanno apportato modifiche del testo originario volte ad accentuare i poteri di controllo del giudice e a rafforzare le garanzie a tutela della corretta formazione del consenso; infine, in alcuni degli Stati che hanno recepito il testo dell'*Uniform Premarital Agreement Act* senza modificarlo, sono state elaborate regole giurisprudenziali che hanno notevolmente ampliato i poteri di controllo giudiziale sui *premarital agreements* (49).

Così, al fine di assicurare una corretta e consapevole formazione del consenso, alcuni Stati hanno previsto *safeguards* ulteriori rispetto a quelle indicate nell'*Uniform Premarital Agreement Act*. L'esigenza di consentire alle parti di riflettere adeguatamente sull'opportunità di stipulare un *prenuptial agreement* evitando situazioni, invero frequenti, in cui l'accordo viene sottoposto ad un coniuge quasi "di sorpresa", poche ore prima del ma-

trimonio, ha indotto il legislatore dello Stato della California ad aggiungere al testo originale dell'*Uniform Premarital Agreement Act* una previsione secondo cui esso non è *enforceable* se "*the party against whom the enforcement is sought had not less than seven calendar days between the time that party was first presented with the agreement and advised to seek independent legal counsel and*

Note:

(segue nota 44)

fairness review ad effettuare al momento dell'esecuzione che le corti di alcuni Stati ritengono necessaria ai fini della *enforceability* dell'*agreement*. Marella, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, I, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino 2003, 164, afferma che "con l'UPAA trionfa (...) l'idea che non vi siano impedimenti sociali o economici di sorta a fare di una moglie un «buon contraente»" e che "alla stregua dell'UPAA, non si dà controllo nel merito del contratto che non sia giustificato da un perturbamento nella formazione della volontà del coniuge contraente, cosicché tutto ciò che è frutto di consapevolezza equivale ad una scelta razionale, che vincola colui o colei che la compie a prescindere dal concreto tenore della contrattazione, addossandogli (le) i rischi che è fisiologico correre quando si è sul mercato". Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, 513, afferma che "al giorno d'oggi i *prenuptial agreements in contemplation of divorce* hanno negli Stati Uniti piena cittadinanza, a condizione che rispettino taluni requisiti di forma e di sostanza (ed anzi, sembrerebbe doversi dire più di forma che di sostanza)".

(45) La *section 6 (b)* dispone che "if a provision of a premarital agreement modifies or eliminates spousal support and that modification or elimination causes one party to the agreement to be eligible for support under a programme of public assistance at the time of separation or marital dissolution, a court, notwithstanding the term of the agreement, may require the other party to provide support to the extent necessary to avoid the eligibility".

(46) Così la decisione *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162, Pa 1990, afferma il superamento dell'idea secondo cui la donna rappresenta la parte debole del rapporto coniugale ("*the stereotype that women serve as homemakers while men work as breadwinners is no longer viable*") osservando che esso si fonda su un "*paternalistic approach that is now insupportable*".

(47) Shukman, *Show Her the Money: the California Court of Appeal's Mistake Concerning In re Marriage of Bonds*, cit., 457; Graham, *Uniform Premarital Agreement Act and Modern Social Policy: the Enforceability of Premarital Agreements Regulating the Ongoing Marriage*, in *Wake Forest Law Review*, 1993, vol. 28, 1037; Frommer Brod, *Premarital Agreements and Gender Justice*, cit., 229; Nasheri, *Prenuptial Agreements In The United States: A Need For Closer Control*, cit., 318.

(48) Così, ad esempio, con riferimento al Colorado, in cui l'*Uniform Premarital Agreement Act* non si applica, v. Clark, *Antenuptial Contracts*, 50 *Colo Law Review*, 1979, 141, secondo cui i *prenuptial agreements* che riguardano il mantenimento sono invalidi. In senso analogo v. *Gross v. Gross*, 11 Ohio St. 3d 99, 105, 464 N.E. 2d 500, 1984, in *Journal of Family law*, 23, 1, 1984-85, 439 in cui si afferma che la *fairness* dell'accordo con riferimento al mantenimento deve essere valutata al momento del divorzio; e poiché nel caso di specie la situazione reddituale del marito era notevolmente migliorata tra il momento della conclusione dell'accordo e quello della sua esecuzione si è ritenuto che la pattuizione con la quale si limitava il diritto al mantenimento della moglie dovesse considerarsi non vincolante. In senso analogo *Hill v. Hill* (Minn. Ct. App. 1984) 356 N.W. 2d 49, 55.

(49) Si legge nel commento ufficiale alla *section 7.05* che "One may note that the official text of the UPAA, unmodified, does not explicitly bar courts from applying the traditional fairness requirements, arguably leaving courts free, even in states adopting the official text verbatim, to supplement its provisions with this traditional, judicially created rule of equity".

the time the agreement was signed" (Cal. Fam. Code section 1615 (c) (2)).

Con riguardo al problema dell'effettiva comprensibilità del testo dell'*agreement*, si è sottolineata l'opportunità di considerare tra i presupposti necessari al fine della *enforceability* anche la concreta possibilità di ottenere un *independent legal counsel* o quantomeno la necessità che l'accordo sia *reasonably understandable* anche da parte di un soggetto non dotato di particolari competenze giuridiche (50). In questa prospettiva il legislatore del Connecticut, nel recepire l'*Uniform Premarital Agreement Act* ha apportato una integrazione secondo cui "*a premarital agreement or amendment shall not be enforceable if the party against whom the enforcement is sought proves that (...) such party was not afforded a reasonable opportunity to consult with independent counsel*" (Conn. Gen. Stat. Ann. 46 (b)-36 g (a) (4)(2000)) (51).

Il timore che l'autonomia privata potesse talvolta dare luogo ad accordi iniqui si è manifestato soprattutto in riferimento alla previsione dell'*Uniform Premarital Agreement Act* che ammette la possibilità di limitare o escludere il diritto allo *spousal support* (52) e quella secondo cui la *unconscionability* dell'accordo deve essere valutata al momento in cui esso è stipulato (53). Proprio riguardo a tali profili si riscontra la segnalata tendenza ad accentuare i poteri di controllo del giudice sugli *agreement* sia nei testi legislativi con i quali i singoli Stati hanno recepito l'*Uniform Premarital Agreement Act*, sia nella interpretazione giurisprudenziale delle regole in esso contenute.

Così nello Stato dell'Indiana, nonostante qualsiasi limitazione convenzionale preventiva, il diritto del coniuge debole al mantenimento può essere comunque ottenuto al ricorrere di una "*extreme hardship under circumstances not reasonably foreseeable at the time of the execution of the agreement*" (54); in Iowa (55), New Mexico e South Dakota (56), il testo originale dell'*Uniform Premarital Agreement Act* è stato radicalmente modificato eliminando il profilo dello *spousal maintenance* dalla lista delle materie che possono formare oggetto di un valido *agreement*. Una scelta analoga è stata adottata anche nel *California Family Code*, la cui section 1612 non menziona esplicitamente lo *spousal support* tra le materie che possono formare oggetto dell'*agreement*; a tale riguardo la *Supreme Court of California* ha precisato che con questa omissione il legislatore non ha voluto vietare gli accordi sullo *spousal support*, ma solamente riservare alle corti il giudizio circa la *enforceability* delle previsioni che lo limitano o lo eliminano (57). Sempre in quest'ordine di idee nel Connecticut viene considerata rilevante ai fini della non *enforceability* dell'accordo sia la *unconscionability* presente al momento in cui esso è stato concluso, sia quella sopravvenuta nel momento dell'esecuzione (58). Nel New Jersey, infine, si ritiene *unconscionable* l'accordo che "*would provide a standard of living far below that which was enjoyed before the marriage*" (59).

Muovendo dall'assunto secondo cui "*the Act's initial acceptance has waned, and the pace of adoption has declined*" (60) la Commissione incaricata dall'*American Law Institute* di redigere i *Principles of the Law of the Family Dissolution* ha elaborato una disciplina dei *premarital agreements* nella quale l'obiettivo di mantenere una posizione intermedia tra il sistema che si caratterizza per un amplissimo potere discrezionale delle corti, e quello che, all'opposto, permette alle parti di concludere accordi vincolanti per la corte limitandone significativamente la discrezionalità (61) viene perseguito introducendo regole che - quantomeno rispetto al testo originario dell'*Uniform Premarital Agreement Act* - mirano sia a rendere più incisiva la corretta formazione del consenso (section 7.04), sia ad accentuare significativamente i poteri di controllo

Note:

(50) *Gant v. Gant*, 329 S.E.2d 106 o in 1985 W. Va.

(51) Conn. Gen. Stat. Ann. 46 (b)-36 g (a) (4)(2000).

(52) Section 3 (4) e Section 6 (b).

(53) Section 6 (2).

(54) Nel commento ufficiale della section 7.05 si richiama in proposito il caso *Rider v. Rider* (Supreme Court of Indiana), in 1996 Ind. Lexis 93, 669 N.E.2d 160 (Ind. 1996) e si osserva che una soluzione analoga viene adottata nello Stato dell'Illinois (Ill. Comp. Stat. 10/7-section 7(b)(2000)).

(55) Così la section 596.5, 2 dell'Iowa Code dispone che "*The right of a spouse or child to support shall not be adversely affected by a premarital agreement*".

(56) Il Chapter 25-2-18 del Codice del South Dakota, pur aderendo all'*Uniform Premarital Agreements Act*, omette la previsione in cui si consente di limitare convenzionalmente o escludere il diritto al mantenimento.

(57) Così la decisione *Pendleton v. Fireman*, in 5 P.3d 839, 99 Cal. Rptr. 2D 278 (2000) della *California Supreme Court*.

(58) Così, l'accordo può risultare *unconscionable* "*when it was executed or when enforcement is sought*" (Conn. Gen. Stat. Ann. «section» 46b-36g(a)(2) (2000)). Una previsione analoga è presente anche nel North Dakota: in particolare si vedano N.D. Cent. Code section 14-03.1-06(1) (2000): 14-03. 1-07, secondo cui "*notwithstanding the other provisions of this chapter, if a court finds that the enforcement of a premarital agreement would be clearly unconscionable, the court may refuse to enforce the agreement, enforce the remainder of the agreement without the unconscionable provisions, or limit the application of an unconscionable provision to avoid an unconscionable result*".

(59) Cfr. N.J. Stat. Ann. 37:2-38(b) (2000).

(60) Così il commento ufficiale della section 7.05 dei *Principles of the Law of Family Dissolution* specifica che "*in the first seven years from its promulgation in 1983, the UPAA was adopted by 15 states. In the next 10 years, through 2000, it was adopted by 10 more states and the District of Columbia. But only three of those 10 new adoptions came after 1995*". Nello stesso commento si osserva che "*Nearly one-third of the adopting states (8 states) have varied from the official text in some important respect, as detailed below*".

(61) Nel commento ufficiale della section 7.02 si afferma che il modello di disciplina delineato rappresenta una soluzione intermedia tra il sistema inglese, in cui i *premarital contracts* non limitano i poteri discrezionali della corte e quello, proprio di diversi Stati americani, in cui l'accordo prematrimoniale può essere considerato alla stregua di un *business contract*.

del giudice nella fase di esecuzione dell'accordo *section 7.05* (62).

4. I prenuptial agreements nei Principles of the Law of Family Dissolution.

**Il controllo giudiziale sull'accordo;
la tutela della corretta formazione del consenso;
la rilevanza delle sopravvenienze**

La *section 7.04 Procedural Requirements* dei *Principles of the Law of Family Dissolution* subordina l'*enforceability* dell'*agreement* al rispetto di una serie di presupposti volti a garantire la corretta formazione del consenso. Così si prevede che l'*agreement* non è *enforceable* se non è redatto in forma scritta e sottoscritto da entrambe le parti (7.04 (1)). Inoltre la parte che ne domanda l'esecuzione deve dimostrare che l'altra era stata dettagliatamente informata e che il suo consenso non è stato ottenuto indebitamente (7.04 (2)). Sotto questo profilo soccorrono alcune significative presunzioni: l'accordo, infatti, si presume stipulato nel rispetto dei requisiti indicati se concluso in una data di almeno trenta giorni precedente quella delle nozze ((7.04 (3)(a)) (63), se le parti erano state avvertite circa l'opportunità di conseguire un parere legale al riguardo e avevano avuto l'opportunità di ottenerlo ((7.04 (3)(b))); in caso di mancato conseguimento di tale consulenza, è necessario, quantomeno, che l'accordo sia stato redatto in un linguaggio tale per cui un adulto privo di specifiche competenze in ambito legale possa comprendere in che misura le pattuizioni incidano sui diritti a lui garantiti dalla legge al momento del divorzio e rendersi conto delle eventuali divergenze di interessi con l'altro coniuge rispetto all'accordo stesso (7.04 (3)(b)).

Inoltre nelle ipotesi in cui sia richiesto l'*enforcement* di pattuizioni che limitano il diritto di un coniuge riguardo al mantenimento o alla compartecipazione alla *marital property*, è necessario provare che quest'ultimo prima della conclusione del *prenuptial agreement* aveva una conoscenza, quantomeno approssimativa, della situazione patrimoniale dell'altro; tale prova può essere soddisfatta dimostrando che prima della stipulazione dell'accordo era stata fornita alla controparte una dichiarazione scritta contenente dettagliate informazioni al riguardo.

L'esigenza di tutelare il coniuge economicamente debole che possa essere pregiudicato dall'accordo emerge anche con riferimento al profilo del sopravvenuto mutamento delle circostanze presenti al momento della conclusione. In questo contesto l'accresciuto interesse nei confronti della *Empirical Literature of Human Decision-making* ha condotto a valorizzare l'idea secondo cui, se da un lato i *partners* possono essere considerati *the best judges of their own self-interest*, dall'altro essi risentono perlopiù di una *cognitive limitation*, che si risolve in un eccessivo ottimismo riguardo al futuro della coppia e in una tendenza a sottovalutare possibili implicazioni negative collegate ad aspetti della vita matrimoniale ed

alla eventualità del divorzio (64). Proprio muovendo da queste premesse la *section 7.05*, intitolata *When Enforcement Would Work a Substantial Injustice*, predispone rimedi per fare fronte ai casi in cui per varie ragioni l'assetto di interessi delineato dalle parti si riveli inadeguato rispetto alle circostanze presenti al momento in cui l'accordo deve essere eseguito. In altre parole si consente alle corti di operare un pregnante controllo di merito ed eventualmente considerare l'accordo *unenforceable* anche qualora esso, pur conforme alle regole poste a tutela della corretta formazione del consenso (*section 7.04*), prevede una regolamentazione degli interessi che, alla luce delle sopravvenuti mutamenti di fatto, risulti iniqua.

La disposizione indica i presupposti in presenza dei quali la Corte può operare una valutazione sul merito e sull'equità dell'*agreement* e quelli al ricorrere dei quali l'accordo può essere ritenuto non *enforceable* all'esito di tale valutazione.

Note:

(62) Nel commento ufficiale della *section 7.05* si legge che: "In brief, agreements made before marriage, or during ongoing family relationships, are generally enforceable if they meet certain formal procedural requirements specified in section 7.04, and are otherwise valid contracts under general contract principles. However, when many years have passed since the agreement was executed, when the parties first have children in common after execution, or when the circumstances of the parties have unforeseeably changed, courts must examine the agreement before enforcing it to ensure, according to specified criteria, that such enforcement will not work a «substantial injustice»".

(63) Così, secondo il commento ufficiale della *section 7.04*, risulterebbe *unenforceable* l'accordo che sia stato sottoposto al futuro coniuge "di sorpresa" il giorno precedente le nozze, per giunta minacciando di rimandare la cerimonia già fissata in caso di mancata accettazione; diversamente, l'accordo sarebbe da considerare *enforceable*, quantomeno ai fini della *section 7.04*, qualora esso fosse stato proposto con un considerevole anticipo in modo da permettere all'altra parte di valutarne il contenuto eventualmente con l'ausilio di un consulente legale.

(64) Così la *Empirical Literature of Human Decisionmaking* individua errori di valutazione ricorrenti nei coniugi che si accostano alla stipulazione di un *prenuptial agreement*. In primo luogo si riscontra un eccessivo ed irrealistico ottimismo riguardo al fatto che si possa addivenire ad un divorzio; di conseguenza si tende a sottovalutare l'importanza delle pattuizioni che presuppongono una simile eventualità. In questo senso ricerche empiriche condotte intervistando campioni di coppie in procinto di contrarre matrimonio hanno messo in luce dati significativi: alla domanda di carattere generale su quante probabilità di divorzio incontri una coppia statunitense che contrae matrimonio e quali siano le conseguenze patrimoniali del divorzio la maggior parte degli intervistati ha fornito risposte che riflettevano una lucida consapevolezza e si avvicinavano al dato reale; diversamente all'interrogativo riguardante le probabilità che il proprio matrimonio finisse con il divorzio la maggior parte degli intervistati rispondeva, irrealisticamente, che le possibilità erano vicine allo zero. Anche riguardo al profilo delle conseguenze del divorzio si sono riscontrate sensibili sfasature tra la percezione generale del problema e le aspettative eccessivamente ottimistiche degli intervistati riguardo alla loro situazione personale. In argomento v. Lynn Baker & Robert Emery, *When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce At the Time of Marriage*, in Brinig, Schneider, Teitelbaum, *Family Law in Action*, Cincinnati, 1999, 36; Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 Harv. L. Rev. 741, 754-763 (1982); Hadfield, *An Expressive Theory of Contract: From Feminist Dilemmas to a Reconceptualisation of Rational Choice in Contract Law*, 146 U. Pa. L. Rev. 1235 (1998).

L'accesso alla valutazione sull'equità dell'accordo è possibile a condizione che la parte che mira a ottenerne l'inefficacia dimostri il ricorrere di almeno uno dei seguenti presupposti: a) che sia trascorso un certo numero di anni tra la conclusione dell'accordo ed il momento in cui se ne domanda l'esecuzione (*section 7.05 (2)(a)*) (65), b) che i *partners*, senza figli al momento della stipulazione dell'accordo, abbiano in seguito avuto o adottato un figlio (*section 7.05 (2)(b)*), c) che tra il momento della stipulazione e quello dell'esecuzione sia intervenuto un significativo cambiamento delle circostanze il cui verificarsi e la cui portata fossero imprevedibili (*section 7.05 (2)(c)*).

Al fine di stabilire se l'esecuzione dell'accordo possa dare luogo ad una *substantial injustice* la corte terrà in considerazione i seguenti fattori: l'eventualità che esso fosse stato stipulato con lo scopo di tutelare terzi, ed in particolare i diritti patrimoniali dei figli di un precedente matrimonio (*section 7.05 (3) (c)*), quale sia l'impatto dell'accordo sui figli e sulle parti (*section 7.05 (3) (d)*); si valuterà, inoltre in che misura la situazione complessiva (*outcome*) che si realizzerebbe in caso di esecuzione dell'*agreement* si discosti da quella che si verrebbe a delineare se, in sua assenza, trovassero applicazione le previsioni legislative che esso ha sostituito (*section 7.05 (3) (a) (b)*) (66).

Non vi è dubbio che, rispetto al modello previsto dall'*Uniform Premarital Agreement Act*, i principi enunciati nella *section 7.05* realizzino un significativo riconoscimento delle istanze di tutela della parte pregiudicata dall'accordo attraverso l'ampliamento dei poteri di controllo giudiziale sugli accordi. In quel contesto, infatti, la possibilità per le corti di considerare l'*agreement unenforceable* si ricollegava al mancato rispetto delle regole preposte alla corretta formazione del consenso e la *unconscionability* doveva essere valutata con riferimento al momento della conclusione dell'accordo (*section 6*) (67). Nei *Principles of the Law of Family Dissolution*, invece, alla più ampia possibilità di operare un controllo giudiziale in presenza di problematiche connesse alla fase di formazione dell'accordo (*section 7.04*), si aggiunge quella di una revisione giudiziale dell'*agreement* basata sul sopravvenuto mutamento delle circostanze al momento dell'esecuzione (*section 7.05*) (68).

Si potrebbe dire, in prima approssimazione, che in un sistema così strutturato i *partners* dispongano in astratto di amplissimi margini di autonomia in quanto, nel rispetto delle prescrizioni procedurali enunciate nella *section 7.04*, essi possono dare vita ad accordi capaci di regolare il profilo della divisione dei beni ed anche di incidere sul diritto al mantenimento fino ad escluderlo completamente. D'altra parte la previsione contenuta nella *section 7.05* in primo luogo impone alla corte una valutazione sul merito dell'accordo in una serie di ipotesi estremamente vasta, quindi prevede la conseguenza della non *enforceability* qualora, all'esito dell'esame operato dal giudice, l'*agreement* si riveli iniquo. Così il *prenuptial agreement* con il quale i coniugi in situazioni reddituali simili escludono o

limitano le reciproche pretese sul patrimonio dell'altro e/o il diritto al mantenimento è astrattamente valido (69), ma può in concreto essere considerato in molteplici ipotesi *unjust* e pertanto non *enforceable*.

Ciò può accadere, ed esempio, qualora uno dei coniugi successivamente all'accordo intraprenda una nuova attività che lo porti a conseguire redditi estremamente più elevati rispetto all'altro; oppure nel caso in cui a seguito di eventi che al tempo dell'accordo non potevano essere previsti uno dei coniugi sia costretto a rallentare la propria attività professionale e veda ridotta la propria capacità di reddito (70).

5. L'adozione dei prenuptial agreements nel diritto italiano, tra ampliamento dell'autonomia privata e tutela della parte debole

Nel nostro ordinamento l'interesse verso il fenomeno

Note:

(65) Cfr. *section 7.05 (2)(a)*.

(66) A tale ultimo riguardo opportunamente si distingue tra matrimoni di lunga e di breve durata: nei primi il raffronto viene operato tra l'*outcome* che si otterrebbe in applicazione dell'*agreement* e quello a cui lo stesso coniuge avrebbe diritto in base alla legge con riferimento al tenore di vita matrimoniale, mentre per i secondi l'*outcome* che risulterebbe in applicazione dell'*agreement* deve essere raffrontato con la situazione patrimoniale del coniuge precedente le nozze, ossia con il tenore di vita di cui lo stesso coniuge avrebbe goduto se il matrimonio non avesse avuto luogo.

(67) Nel commento ufficiale alla *section 6* dell'UPAA si legge che "in order to determine when the agreement is unconscionable, the court may look to the economic circumstances of the parties resulting from the agreement, and any other relevant evidence such as the conditions under which the agreement was made".

(68) Nel commento ufficiale alla *section 7.04* si afferma che "The legal conclusion of unconscionability is highly fact-specific. The doctrine goes primarily to defects in the bargaining process, including unfairness in the negotiating tactics used to obtain agreement. Along with procedural defects, however, the law has also recognised substantive unconscionability, or a gross one-sidedness in terms. The two often go hand in hand, for one may tend to prove the other. A grossly one-sided agreement may corroborate unconscionable bargaining tactics, while unfair bargaining tactics may most often be employed to obtain a one-sided agreement. The interplay between the doctrine of unconscionability, and the provisions of *section 7.05* permitting courts in certain circumstances to examine the impact of an agreement at the time enforcement is sought, illustrate how the different fact patterns presented by marital and premarital agreements may yield different results, even though the same principles apply to both.

(69) Nella *section 7.05* vengono indicate molteplici ipotesi esemplificative in cui i coniugi possono derogare alle previsioni legislative in tema di mantenimento limitandole significativamente o addirittura escludendone l'applicazione: in una prima serie di casi si prendono in considerazione accordi con i quali i futuri coniugi - senza figli e con attività professionali che garantiscono guadagni simili - escludono reciprocamente sia la compartecipazione agli acquisti compiuti da ciascuno in costanza di matrimonio sia qualsiasi pretesa a titolo di mantenimento. In un'altra ipotesi, l'accordo prevedeva che la moglie - che dopo il matrimonio avrebbe rinunciato a lavorare per favorire la carriera del marito - avesse diritto, in caso di divorzio, alla liquidazione di una ingente somma *untantum*.

(70) Sul problema della "adattabilità del rapporto al mutare delle circostanze" nel nostro ordinamento si vedano anche le considerazioni di Alpa-Bargelli, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, III, Milano, 2002, 912.

dei *prenuptial agreements* si inserisce nel più ampio dibattito circa l'opportunità di valorizzare l'autonomia privata nei rapporti tra coniugi (71) con particolare riferimento alla definizione dei riflessi patrimoniali della crisi coniugale (72).

Così, muovendo da una approfondita analisi del fenomeno dei *prenuptial agreements* nel diritto statunitense, si è affermato che "anche da noi, esattamente come negli Stati Uniti, non è più consentito negare rilievo ad una intesa preventiva per il solo timore che questa potrebbe consentire ad un coniuge di trascurare le sue *marital obligations*" (73); che il problema della tutela del coniuge debole, "specie di fronte al fenomeno dell'emancipazione femminile", non può costituire una giustificazione alla permanenza di interventi "espressivi di una concezione paternalistica dei rapporti tra individuo e poteri dello Stato" (74); e che, pertanto, risulterebbero ammissibili anche accordi conclusi prima del matrimonio ed aventi ad oggetto la rinuncia all'assegno di mantenimento o all'assegno post-matrimoniale (75).

L'iniziale interesse manifestato da parte delle dottrine ha trovato riscontro anche nella presentazione di una Proposta di legge (76) nella cui Relazione di accompagnamento si sottolinea l'assenza nel nostro ordinamento di strumenti che consentano ai futuri sposi di "regolamentare *ex ante*, e in modo vincolante per il futuro, alcune condizioni nell'ipotesi della fine del matrimonio", la necessità di "percorrere direzioni che si ispirano a consolidate esperienze normative di alcuni Paesi oltreoceano" e le ricadute positive che l'adozione di tale istituto avrebbe ai fini della "riduzione dei tempi dei procedimenti di separazione e di divorzio" consentendo di "giungere ad una soluzione più serena e veloce della controversia" con evidenti vantaggi ai fini della "tutela del superiore interesse dei figli (...) che possono trovarsi coinvolti" nella crisi coniugale.

In quest'ordine di idee la Proposta prevede di aggiungere all'art. 162 c.c. la precisazione secondo cui "fatto salvo quanto stabilito dall'art. 160, è consentita, ai soggetti di cui allo stesso articolo, la stipula di convenzioni di natura patrimoniale prima della celebrazione del matrimonio, ai sensi dell'articolo 1322" (77).

Tali sollecitazioni inducono a riflettere sull'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento un istituto analogo a quello dei *prenuptial agreements*, sull'individuazione delle modalità attraverso le quali realizzare una simile operazione e, più in generale, sul più ampio tema degli attuali confini dell'autonomia privata nella definizione dei riflessi patrimoniali della crisi coniugale.

Sotto questo profilo si deve osservare che la possibilità di disporre riguardo alle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale è data sia nell'ambito dell'accordo raggiunto in sede di separazione consensuale (artt. 158 c.c. e 711 c.p.c.), sia nel contesto del divorzio su domanda congiunta (art. 4, comma 13, l. div.) (78).

Le esigenze di predeterminare regole con riguardo alla titolarità, alla amministrazione dei beni acquistati ed al-

la loro attribuzione in caso di divorzio vengono realizzate attraverso lo strumento del regime patrimoniale che i nubendi, in piena autonomia, sono chiamati a scegliere prima di addivenire al matrimonio; ed anche una volta operata tale scelta, permane la possibilità di modificare

Note:

(71) Rescigno, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Persona e Comunità*, II, Padova, 1988, 462; Anelli, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, in *Studi in onore di Rescigno*, II, 1, Milano, 1988, 13; Oppo, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 19; Quadri, *Famiglia e ordinamento civile*, II ed., Torino, 1999, 135-158; Ferrando, *Il Matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, VI, 1, Milano, 2002, 83 ss.; Ead., *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, in *Studi in onore di Schlesinger*, I, Milano, 2004, 487; Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 226 ss.; T.V. Russo, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001.

(72) Nel diritto italiano si sono occupati del tema degli accordi prematrimoniali Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit.; Id., "Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 212; Marella, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, cit., 174; con riferimento all'ordinamento australiano Panforti, *Gli accordi prematrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act australiano*, in *Famiglia*, 2002, I, 149 ss.; Ceccherini, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999; Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi conclusi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 303 e in *I contratti di convivenza a cura di Moscati e Zoppini*, Torino, 2002, 33.

(73) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 558.

(74) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 556.

(75) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 589-624.

(76) V. la Proposta di legge n. 4563, presentata il 16 dicembre 2003, d'iniziativa del deputato Francesca Martini: *Modifica all'art. 162 del codice civile, in materia di introduzione dei patti prematrimoniali*.

(77) Così l'art. 1 della Proposta di legge n. 4563.

(78) Sugli accordi in sede di separazione consensuale - compresa la tematica dei trasferimenti immobiliari in occasione della separazione - e su quelli raggiunti nell'ambito del divorzio su domanda congiunta, Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione tra i coniugi*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da Rescigno, III, 2, II ed. Torino, 1999, 253 ss.; Quadri, *La nuova legge sul divorzio. Profili patrimoniali*, I, Padova, 1987, 46; Dogliotti, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 14; A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, 446; Balestra, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 277; Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 193 ss.; Id., *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000; Id., *Volontà dei coniugi e intervento del giudice nella procedura di separazione e divorzio su domanda congiunta*, in *Dir. fam.*, 2000, 771 ss.; Id., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (parte prima)*, in questa Rivista, 2003, 4, 389 e (parte seconda) 496; Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 211 e 413; Id., *Rinuncia, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, Padova, 1999, I, 862 ss.; G. Ceccherini, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, cit., 47 ss.; Bianco, *Il procedimento di divorzio su domanda congiunta, in Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, I, cit., 539 e in part 544; Viotti, *I trasferimenti immobiliari in occasione della crisi familiare, in Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, I, cit., 211; Iasi, *Procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, I, 2, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, Milano, 2002, 1388 ss.; Rossi-Carleo, *La separazione e il divorzio*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, IV, 1, Torino, 1999, 423 ss.

il regime patrimoniale con una apposita convenzione (79). Sotto quest'ultimo profilo si può dire che, ad esempio, attraverso l'adozione del regime convenzionale di separazione dei beni i nubendi perseguono, nel nostro ordinamento, il medesimo risultato che potrebbero realizzare i futuri coniugi che in un *community of property state* stipulino un *prenuptial agreement* in forza del quale si escluda l'operatività del regime legale di comunione o quello che in un *equitable distribution state* escluda la possibilità che il giudice possa considerare i reciproci beni oggetto di distribuzione equitativa.

Quindi si potrebbe affermare, in prima approssimazione, che se le esigenze di precostituire regole per la attribuzione dei beni in costanza di matrimonio ed in caso di divorzio si realizzano attraverso la scelta del regime patrimoniale e quelle di disporre riguardo alle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale possono attuarsi nel contesto dell'accordo di separazione o nel procedimento di divorzio su domanda congiunta, la previsione di un istituto analogo ai *prenuptial agreements* potrebbe risultare utile al fine di ampliare le possibilità di regolamentazione dei profili connessi al regime secondario distributivo e di consentire ai *partners* di disporre riguardo al mantenimento sia nella fase che intercorre tra la separazione ed il divorzio sia, eventualmente, ancora prima di contrarre il matrimonio.

5.1. Prenuptial agreements e regime patrimoniale secondario

Con riferimento al regime secondario distributivo la possibilità di concludere accordi prematrimoniali consentirebbe di individuare una soluzione di diritto positivo rispetto a questioni finora risolte - non senza incertezze - in via interpretativa. Ammettere che gli sposi possano stipulare "convenzioni di natura patrimoniale prima della celebrazione del matrimonio, ai sensi dell'articolo 1322", infatti, significherebbe riconoscere la possibilità ai coniugi di optare per alternative ulteriori rispetto a quelle attualmente previste ed in particolare di adottare modelli di regime patrimoniale a compartecipazione differita propri di esperienze giuridiche straniere (80), oppure di dare vita a regimi patrimoniali atipici (81), o, ancora, di risolvere la questione della esclusione del coacquisto (82). Sotto questo profilo, quindi,

Note:

(79) Per una accurata ricostruzione delle possibilità di cui i coniugi dispongono per "personalizzare" il regime patrimoniale secondario v. Valignani, *I limiti all'autonomia privata dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in *Famiglia*, 2001, 384; Pittalis, *Modifiche convenzionali alla comunione dei beni*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, III, a cura di Anelli e Sesta, Milano, 2002, 425 ss; Caravaglios, *La comunione legale*, II, Milano, 1995, 1171 ss.

(80) L'opportunità di ampliare la scelta "forse troppo netta tra un regime, la comunione, che insieme alla compartecipazione agli acquisti prevede una serie di regole che a volte possono risultare «sgradite», e un altro, la separazione, che, al contrario, esclude sia la prima che le seconde" è avvertita da Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 241; in questo senso v. anche Al Mureden, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela*

del coniuge debole tra legge e autonomia privata, in *Famiglia*, 2002, 1003. Muovendo dal disposto dell'art. 161 c.c., giusta il quale "gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti", la dottrina di recente ha ribadito la possibilità di importare schemi di regime patrimoniale ulteriori rispetto a quelli tipicamente previsti nel nostro ordinamento, sia quella di dare vita ad "un regime atipico risultante dalla combinazione di più elementi, dei quali soltanto alcuni di origine straniera o derivanti dagli usi" (Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, III, a cura di Anelli e Sesta, Milano, 2002, 17). Per una panoramica generale sui regimi a compartecipazione differita (si pensi alla *Zugewinnsgemeinschaft* del diritto tedesco, alla *participation aux acquêts* del diritto francese ed al *régimen de participación* del diritto spagnolo) cfr. Cendon, *I regimi patrimoniali fra coniugi e la circolazione delle cose mobili*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di Galgano, con l'assistenza di Ferrari, Bologna, 1993, 155; Simó Santonia, *I regimi matrimoniali nel mondo*, Milano, 1992; Scannicchio, Beni, *soggetti e famiglia nel regime patrimoniale primario un'analisi comparata*, Bari, 1992. Riguardo ai profili internazionalprivatistici Rossi, *La disciplina internazionalprivatistica dei rapporti fra coniugi: i paradossi del criterio della "localizzazione prevalente"*, in *Famiglia*, 2002, 159 ss.

(81) Ritengono possibile l'adozione di regimi patrimoniali differenti rispetto a quelli espressamente disciplinati nel nostro ordinamento Obertho, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 144 ss.; Id., *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2005, 65; Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 271; Quadri, *Modifiche convenzionali alla comunione legale dei beni*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian Oppo e Trabucchi, Padova, 1992, sub art. 210, 395; De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 2002, II ed. aggiornata ed ampliata con la collaborazione di Simona De Paola, 600 ss.; Carnevali, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il diritto di famiglia*, II, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, Torino, 1997, 15; Confortini, *La comunione convenzionale tra coniugi*, ivi, 285; Roppo, voce *Convenzioni matrimoniali*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1998, 2; Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, II, Milano, 1984, 9; Auletta, *La comunione legale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1999, 4; Fusaro, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, 25; Bocchini, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 453. Negano la configurabilità di regimi ulteriori e differenti da quelli tipicamente previsti Tamburrino, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Torino, 1978, 207; Bianca, *Diritto civile*, II, Milano, 2001, 76; De Rubertis, *La comunione convenzionale tra i coniugi*, in *Riv. not.*, 1987, I, 13; Andriani, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella riforma del diritto internazionale privato con particolare riguardo alla modifica delle convenzioni matrimoniali e dei patti conseguenti alla separazione consensuale*, in *Vita not.*, 1996, 6.

(82) La possibilità che i coniugi in regime di comunione legale e in assenza dei presupposti richiesti dall'art. 179 c.c. impediscano convenzionalmente l'ingresso nella comunione di un bene mediante una dichiarazione negoziale è stata sostenuta da Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Foro it.*, 1990, I, c. 608, con nota di Parente, *Il preteso rifiuto del coacquisto ex lege da parte del coniuge in regime di comunione legale*, e di Jannarelli, *Comunione, acquisto ex lege, autonomia privata*; in seguito è però prevalso l'orientamento contrario (Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Fam. e .dir.*, 2003, 559, con nota di F. Patti, *Il cosiddetto rifiuto del coacquisto*; in *Famiglia*, 2003, II, 1123, con nota di Arceri, *La Cassazione ritorna ad occuparsi del "rifiuto del coacquisto": un fermo all'autonomia negoziale dei coniugi*; Cass. 24 settembre 2004, n. 19250, in questa Rivista, 2005, I, 12); in questo senso in dottrina De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., 606; Bianca, *Diritto civile*, cit., 107. Per l'opinione favorevole all'esclusione del coacquisto propendono, tra gli altri, Barbiera, *La comunione legale*, in *Tratt. di dir. priv.* diretto da Rescigno, III, 2, cit., 521; G. Gabrielli, *Acquisto in proprietà esclusiva di beni immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata*, in *Vita not.*, 1985, 659; M. Finocchiaro, *La Cassazione e la corretta interpretazione dell'art. 179, comma 2, c.c.*, *Giust. civ.*, 2003, I, 2116; Beccara, *I beni personali*, in *Tratt. Dir. fam.*, (segue)

il Progetto di Legge sembra da guardare con favore in quanto consentirebbe di ampliare il novero dei regimi che i coniugi possono scegliere e di rendere più flessibile la loro struttura.

Tuttavia, soprattutto in una prospettiva comparatistica, il Progetto di Legge appare lacunoso laddove non prende in considerazione il problema della predisposizione di adeguati strumenti volti ad evitare stipulazione o l'esecuzione di accordi che si rivelino iniqui per una delle parti. Sotto questo profilo l'analitica disciplina dei *procedural requirements* prevista sia nei singoli Stati americani, sia dall'*Uniform Premarital Agreement Act*, sia, infine, dai *Principles of the Law of Family Dissolution* (section 7.04) mira a garantire che le parti si accostino con il maggior grado di consapevolezza possibile al *bargaining process* e ad evitare che questo possa essere viziato da comportamenti idonei ad incidere indebitamente sulla volontà della controparte. Inoltre, la casistica giurisprudenziale di molti Stati e, in modo ancor più esplicito i *Principles of the Law of Family Dissolution*, mostrano che, anche qualora l'*agreement* sia stato stipulato nel rispetto dei *procedural requirements*, permane un incisivo potere di controllo volto ad evitare l'esecuzione di accordi che - in considerazione dei mutamenti delle circostanze sopravvenuti alla stipulazione - si rivelino iniqui per uno dei coniugi. In altri termini l'*agreement* con il quale si dispone riguardo alla titolarità dei beni ed alla loro divisione può essere considerato non *enforceable* sia qualora uno dei coniugi non abbia avuto la possibilità di prestare un consenso libero e consapevole, sia - seppur in ipotesi limitate - qualora, nonostante il rispetto dei *procedural requirements*, l'assetto di interessi delineato dalle parti risulti iniquo alla luce delle mutate circostanze di fatto.

Nel nostro ordinamento, invece, i nubendi - che con la scelta del regime patrimoniale decidono riguardo le regole per l'attribuzione dei beni in costanza di matrimonio, la loro amministrazione e la loro divisione al momento della formalizzazione della crisi - non sono obbligati a seguire una procedura volta a garantire il conseguimento di una effettiva consapevolezza circa le implicazioni giuridiche delle scelte operate e la corretta formazione del consenso prestato (83).

Inoltre il giudice della separazione o del divorzio non ha alcuna possibilità di intervenire sulle scelte dei coniugi riguardo al regime patrimoniale né qualora l'opzione, correttamente operata a suo tempo, conduca a risultati iniqui, né sulla base delle circostanze di fatto presenti al momento della decisione. Così, ad esempio, l'adozione di un regime patrimoniale che si riveli sfavorevole ad un coniuge non può essere modificata dal giudice nemmeno nell'ipotesi in cui questi dimostri che, al momento della scelta, non aveva piena consapevolezza delle implicazioni che questa comportava, oppure che l'altro coniuge aveva in un certo senso "imposto" quel regime facendo ricorso a comportamenti che potrebbero rientrare nel concetto di *tactic to obtain consent* (84).

Si può concludere, pertanto, che, in linea di massima, per ciò che attiene al profilo della distribuzione delle ricchezze accumulate nel corso del matrimonio la possibilità di autodeterminare le conseguenze patrimoniali del divorzio limitando o escludendo il controllo pubblico è molto più accentuata nel diritto italiano di quanto non lo sia nell'esperienza statunitense. E se ciò è vero operando un raffronto con i Paesi che hanno adottato l'*Uniform Premarital Agreement Act*, lo è, a maggior ragione, qualora si prendano come termine di riferimento le scelte operate in quegli Stati che hanno modificato o interpretato in modo restituivo l'*Uniform Premarital Agreement Act* o, ancor più, le soluzioni adottate dai *Principles of the Law of Family Dissolution*.

Pertanto l'idea di ispirarsi ai *premarital agreements* per rendere più ampia la scelta dei modelli di regime patrimoniale secondario e più flessibile la loro struttura sembra senz'altro da approvare in quanto consentirebbe di "legittimare" esplicitamente operazioni che al momento possono essere considerate ammissibili solo in via interpretativa.

Tuttavia, in una prospettiva *de iure condendo*, l'osservazione dei modelli di disciplina dei *premarital agreements* dovrebbe stimolare un'ulteriore profilo di riflessione che appare ancor più importante; quello cioè della predisposizione di strumenti idonei a garantire la corretta formazione del consenso ed a promuovere un approccio sempre più consapevole e responsabile rispetto alle scelte concernenti il regime patrimoniale. Per quanto concerne il primo profilo, l'esplicito riferimento del testo del Progetto di legge alla possibilità di stipulare prima del matrimonio "convenzioni di natura patrimoniale (...) ai sensi del-

Note:

(segue nota 82)

diretto da Zatti, vol. III, cit., 210 ss.; Valignani, *I limiti all'autonomia privata dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, cit., 395; Bolondi, *Ancora sull'acquisto personale di bene immobile da parte del coniuge in comunione legale*, in questa Rivista, 2005, 1, 20.

(83) Il problema è stato in qualche misura avvertito da Bargelli-Busnelli, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, 450, secondo cui l'art. 162 c.c. assolve anche alla funzione di "incentivare l'autoresponsabilità" dei coniugi riguardo alla scelta del regime convenzionale. Occorre osservare, tuttavia, che una simile esigenza sembra essere stata ptermessa laddove il legislatore ammette la possibilità di dichiarare all'atto di celebrazione del matrimonio la scelta del regime di separazione dei beni (art. 162, comma 2, c.c.; art. 64, n. 2, d.P.R. n. 396/2000). Sulle questioni formali connesse alla scelta del regime di separazione nelle modalità previste dall'art. 162 c.c. v. anche Oberio, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, cit., 36 ss.

(84) Si pensi al caso della richiesta di adottare il regime della separazione dei beni in luogo di quello legale avanzata "di sorpresa" a poche ore dalla cerimonia nuziale. Deve osservarsi, tuttavia, che la S.C. (Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Guida al diritto*, 2004, n. 38, 42), con riferimento ad un accordo di separazione, ha affermato il principio della "estensibilità ai negozi di diritto familiare della normativa sull'annullamento dei contratti per i vizi del consenso". Poiché l'estensibilità di tale disciplina "trova fondamento nella disciplina generale del negozio giuridico e ancor prima nei principi generali dell'ordinamento", sembrerebbe aprirsi la via per sostenere la sua applicabilità anche alle convenzioni matrimoniali.

l'articolo 1322" da una parte consente di risolvere in senso affermativo l'interrogativo circa l'applicabilità delle norme sul contratto alle convenzioni matrimoniali; cionondimeno occorre rilevare che una simile previsione non tiene nella dovuta considerazione la condivisibile opinione secondo cui dalla affermata natura negoziale degli accordi tra coniugi non si può ricavare il corollario della meccanica applicazione ad essi delle norme sul contratto senza operare i necessari adattamenti che le loro peculiarità richiederebbero (85). Il testo del Progetto appare poi lacunoso sotto il profilo della promozione di un approccio responsabile al matrimonio laddove non si prevedono accorgimenti che, similmente ai *procedural requirements* propri degli ordinamenti di *common law*, rappresentino per i nubendi un "percorso obbligato" lungo il quale essi vengono stimolati a riflettere sulle implicazioni patrimoniali del matrimonio.

5.2. Prenuptial agreements e assegno post-matrimoniale

Per quanto riguarda il profilo del mantenimento, l'opportunità di consentire in Italia la stipulazione dei c.d. accordi prematrimoniali è stata sostenuta soprattutto in relazione all'esigenza di legittimare le intese con le quali i coniugi, al di fuori del controllo giudiziale, dispongono dell'assegno di divorzio; accordi, quindi, che possono essere stipulati prima di contrarre matrimonio, o, come più di frequente accade, nel tempo che intercorre tra la separazione ed il divorzio (86).

A questo riguardo occorre in primo luogo tenere presente che l'indirizzo consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità considera invalide simili intese (87). Ciò perché si ritiene che esse possano condizionare il contegno processuale delle parti e quindi incidere indirettamente sullo *status* di coniuge; che si pongano in contrasto con il principio dell'inderogabilità dei diritti e dei doveri che discendono dal matrimonio (arg. ex art. 160 c.c.); che - qualora abbiano ad oggetto l'assegno di divorzio - finiscano per incidere su una tutela che, in ragione della sua natura eminentemente assistenziale, deve considerarsi indisponibile (88).

Questo deciso atteggiamento di chiusura è stato in un certo senso attenuato in ipotesi in cui la Cassazione, pur ribadendo la nullità degli accordi in vista del divorzio volti ad incidere sull'assegno, ha affermato che essa non può essere fatta valere dal coniuge che la invoca per venire meno all'obbligo contrattualmente assunto di corrispondere all'altro una somma periodica in assenza dei presupposti legali per l'attribuzione dell'assegno post-matrimoniale. Così è stato ritenuto valido l'accordo con cui si garantiva al coniuge debole la corresponsione di un assegno periodico in vista della dichiarazione di nullità del matrimonio (89) e quello in forza del quale, in vista di una pronuncia di divorzio, si prevedeva in favore del coniuge debole il diritto ad una rendita vitalizia (90). Con riferimento a quest'ultima pronuncia si è affermato che la Cassazione abbia fatto opportu-

Note:

(85) Ferrando, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, cit., 510.

(86) In questa prospettiva parte della dottrina ha sostenuto l'ammissibilità di accordi con i quali si dispone riguardo al mantenimento: proprio sottolineando l'importanza del dato comparatistico, propende decisamente per la disponibilità dell'assegno di divorzio Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 459; Id., *Prenuptial agreements in contemplation of divorce e indisponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, cit., 212; Id., *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in questa Rivista, 1995, 6, 601. La disponibilità del diritto al mantenimento è stata sostenuta anche da Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 427 ss.; Id., *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, in *Contratto e impresa*, 2000, 1137; Totaro, *Gli effetti del divorzio*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, I, 2, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, Milano, 2002, 1275 ss.; Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 113; Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il cod. civ.*, Commentario fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, II ed., Milano, 2004, 423 ss.; Morelli, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in questa Rivista, 1994, 2, 107; Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare*. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio, Milano, 1996, 184 ss.; Rimini, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 965; Pollice, *Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati*, in *Dir. giur.* 1988, 112 ss.; Macario, in AA.VV., *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio a cura di Lipari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1987, sub art. 10, 911; G. Ceccherini, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, 142.

(87) Così Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1553, con nota di Trabucchi, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 1456, con nota di Di Loreto; in *Foro it.*, 1986, I, 747, con nota di Quadri; Cass. 19 novembre 1987, n. 8502, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 2014, con nota di Loy; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 156, con nota di Cecconi; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. Giur.*, 1992, 863, con nota di Carbone, *L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 340, con nota di Dalmotto, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*; Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1078, con nota di Carosone; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in questa Rivista, 1995, I, 14 con nota di Uda, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Vita not.*, 1995, 1356; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, con nota di Ermini; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810.

(88) Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *I contratti di convivenza* a cura di Moscati e Zoppini, Torino, 2002, 50, afferma che il controllo pubblico sugli accordi concernenti l'assegno si giustifica in ragione della "funzione sociale" quest'ultimo; sempre nel senso della indisponibilità v. anche De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 2002, II ed. aggiornata ed ampliata con la collaborazione di Simona De Paola, 410 ss.

(89) Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, in *I contratti*, 1993, 137, con nota di Moretti, *Accordi "ora per allora" e nullità del matrimonio*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, 950, con nota di Rimini, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale e Cubeddu, Annullamento del matrimonio e autonomia negoziale*.

(90) Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famiglia*, 2001, I, II, 245, con nota di Ferrando, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 706 con nota di Bargelli, *Accordi in vista del divorzio: il revirement incompiuto della Cassazione*; in *Corr. giur.*, 2000, 1021, con nota di Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*; in questa Rivista, con nota di Carbone, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*; in merito alla stessa decisione v. anche Angeloni, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, in *Contratto e impresa*, 2000, 1146.

namente ricorso allo strumento della c.d. nullità relativa aprendo così la via “per affermare che gli accordi volti ad incidere sull’assegno sono da considerare nulli solo qualora vengano invocati al fine di sottrarsi dall’obbligo di corrisponderlo, non invece nel caso in cui apprestino una tutela migliorativa” (91).

La formulazione letterale del Progetto di Legge non consente di chiarire con sicurezza se la possibilità di stipulare “convenzioni di natura patrimoniale prima della celebrazione del matrimonio, ai sensi dell’articolo 1322” permetta anche di concludere accordi preventivi che, al di fuori di un controllo giudiziale, incidano sull’assegno di divorzio. Una simile eventualità - che rappresenterebbe una decisa frattura rispetto ad un indirizzo giurisprudenziale assolutamente consolidato - sembra, invero, da riguardare con estrema cautela e, quantomeno allo stato attuale, da escludere per diversi ordini di ragioni (92).

In primo luogo appare condivisibile la preoccupazione di chi sottolinea che le esigenze di certezza perseguite valorizzando il ruolo della autonomia privata nella definizione dei rapporti patrimoniali tra coniugi finiscano per comprimere le istanze di tutela del coniuge debole (93).

Sempre in questo senso l’analisi comparatistica mostra che il problema “del *bargaining power* nelle relazioni di coppia è questione spinosa e non la si risolve richiamando l’accesso delle donne al mercato del lavoro come indice di raggiunta parità all’interno della famiglia” (94). E del resto anche con specifico riferimento alla situazione italiana emerge la persistenza di una sostanziale disparità tra i coniugi (95) che rende attuale la necessità di un controllo pubblico che costituisca una garanzia a fronte della disparità della forza contrattuale delle parti.

Nemmeno l’assunto secondo cui al riconoscimento di una maggiore autonomia nello scioglimento del vincolo coniugale dovrebbe corrispondere una accresciuta rilevanza dell’autonomia nella definizione dei riflessi patrimoniali della dissoluzione del matrimonio appare

divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza, in Riv. dir. civ., 1996, 695; Auletta, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, I, 66; Santosuosso, *Il divorzio*, in Tratt. di dir. priv. diretto da Rescigno, III, 2, cit., 334; Carbone, *Autonomia privata e rapporti tra coniugi (in crisi)*, in questa Rivista, 1994, 2, 150; Scardulla, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, IV ed., Milano, 2003, 557; Arrigo, *L’assegno di separazione e l’assegno di divorzio*, in *Separazione e divorzio*, cit., 721 mette in chiaro che sugli accordi precedenti il matrimonio e relativi all’assegno di divorzio non consta giurisprudenza; lo stesso A. rispetto alla possibilità di disporre dell’assegno di separazione e di quello di divorzio mediante contratti regolati dal diritto comune manifesta condivisibili perplessità (721-732). Bonilini, *L’assegno post-matrimoniale*, in Bonilini e Tommaso, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, II ed., Milano, 2004, 595, pur favorevole ad una maggiore incidenza dell’autonomia dei coniugi sul profilo dell’assegno di divorzio, prende atto di un “dato normativo (non condivisibile), ma inequivoco, che porta a mortificare entro confini determinati l’espressione dell’autonomia dei soggetti in materia di divorzio”; Anelli, *Sull’esplicazione dell’autonomia privata nel diritto matrimoniale*, cit., 53, pur sottolineando che la possibilità di concludere accordi prematrimoniali concernenti anche l’assegno di divorzio comporterebbe una diminuzione della litigiosità processuale, prende atto del fatto che l’inevitabile sottoposizione alla clausola *rebus sic stantibus*, frustrerebbe tale obiettivo.

(93) Il rischio che le pattuizioni riguardanti l’assegno di divorzio possano ledere i diritti del coniuge debole è avvertito da Ferrando, *Il Matrimonio*, cit., 125, la quale ritiene che tale preoccupazione, pur non potendo costituire un motivo sufficiente per escludere la validità di un contratto “destinato a regolare i rapporti economici postdivorzili”, tuttavia giustifichi l’adozione di “rimedi volti a riequilibrare la posizione delle parti quando risulti in concreto dimostrato che l’una ha approfittato della situazione di debolezza, di fiducia, di dipendenza dell’altra”; in senso analogo v. Arrigo, *L’assegno di separazione e l’assegno di divorzio*, cit., 726. Sempre con riferimento all’esigenza di tutela del coniuge debole Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, I, 11 (Id., *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in Quadri, Ferrando, Sesta, Comoglio, *Strumenti giudiziali ed extragiudiziali nella crisi della famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 283) esprime condivisibili perplessità riguardo alle ipotesi che tendono a limitare la portata del controllo giudiziale sugli accordi economici raggiunti dai coniugi nel contesto della crisi coniugale. In particolare si afferma che il riconoscimento della possibilità di stipulare accordi non omologati nella fase della separazione non appare in contraddizione con la necessità di un pregnante controllo giudiziale di merito al momento del divorzio. Infatti, mentre la separazione costituisce una situazione aperta e ampiamente dominata dalla volontà dei coniugi, nel divorzio ha luogo una definitiva sistemazione dei rapporti patrimoniali. Con particolare riferimento al divorzio su domanda congiunta, poi, si sottolinea come il nostro ordinamento si presenti carente rispetto a modelli di disciplina previsti nel diritto francese e spagnolo in cui alla possibilità per le parti di delineare in via definitiva gli assetti patrimoniali successivi al divorzio fa da contrappeso un pregnante controllo giudiziale volto a garantire la tutela dei figli e di ciascuno dei coniugi. Sul modello di divorzio su domanda congiunta del diritto francese v. anche Andriani, *Gli accordi di separazione e di divorzio*, in <http://www.filodiritto.com/diritto/privato/civile/accordiseparazioneedivorzioandriani.htm>.

(94) Marella, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, cit., 162.

(95) Secondo i dati rilevati nello studio condotto dall’Istat dal titolo *Separazioni, divorzi e provvedimenti emessi* in <http://www.istat.it/Comunicati/Fuori-cale/allegati/Separazioni/separazdivorzi2000>, si afferma che “le separazioni e i divorzi che si concludono prevedendo una forma di sostentamento economico a favore del coniuge costituiscono rispettivamente il 21% e il 14,2 % del totale”. Ciò che appare estremamente significativo è che “nella quasi totalità dei casi il soggetto erogante l’assegno di mantenimento è l’uomo sia che a beneficiarne siano i figli (94,9 %) o la moglie (94,7 %)” e che “nei divorzi la situazione non cambia, essendo sempre l’uomo il soggetto che, nella quasi totalità dei casi, deve versare il contributo per il mantenimento dei figli (92,9 %) o della moglie (95,8 %)”.

Note:

(91) Marella, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, cit., 195-199. La A., infatti, sottolinea che con la sentenza in discorso la Cassazione ha finalmente puntualizzato che la *ratio* dell’indisponibilità dell’assegno di divorzio è da individuare nell’esigenza di tutelare il coniuge economicamente debole; in questo senso v. anche Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 69; Arrigo, *L’assegno di separazione e l’assegno di divorzio*, in *Separazione e divorzio*, cit., 725; con specifico riferimento all’assegno di mantenimento Zoppini, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1331.

(92) Propendono per l’inammissibilità degli accordi in vista del divorzio Coppola, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, in Bonilini e Tommaso, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, II ed., Milano, 2004, 652; Ead., *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005, 229; De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, I, cit., 408 ss; Quadri, *Famiglia e ordinamento civile*, cit., 258; Bianca, *Diritto civile*, II, cit., 203; G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del*

decisiva al fine di legittimare intese volte ad incidere sul diritto al mantenimento. Anche sotto questo profilo l'analisi comparatistica mette in luce che gli Stati americani che con l'introduzione del *no-fault divorce* hanno determinato un indebolimento del vincolo matrimoniale, contemporaneamente hanno avvertito l'esigenza di rafforzare la tutela dei soggetti deboli della famiglia sostituendo la *traditional common-law title theory of property* con l'*equitable distribution system*. In altri termini, utilizzando una metafora particolarmente incisiva, si è sottolineato come all'abdicazione da parte dello Stato del ruolo di *gatekeeper of access to divorce* abbia fatto da contrappeso l'assunzione di quello di *guardian of the economic interest of divorcing spouses and their children* (96). Ciò porta a concludere, in definitiva, che l'indebolimento del vincolo coniugale non affievolisce l'esigenza di garantire una tutela adeguata ed inderogabile al coniuge debole, ma, al contrario, la accentua.

A queste considerazioni deve aggiungersi che l'idea di un accordo prematrimoniale che possa andare del tutto esente da un controllo giudiziale appare estranea anche all'esperienza statunitense. Come osservato, infatti, alcuni Stati prevedono la possibilità che il giudice operi un controllo riferito sia alla fase di formazione del *prenuptial agreement* sia a quella dell'esecuzione; e lo stesso orientamento trova conferma nei *Principles of the Law of Family Dissolution*, che prevedono un incisivo controllo giudiziale riferito ad entrambe le fasi (stipulazione ed esecuzione) sia sui *prenuptial agreements* che sui *separation agreements* (97). In ogni caso, anche prendendo come termine di paragone il modello delineato dall'*Uniform Premarital Agreement Act*, ci si avvede del fatto che il *premarital agreement* può essere considerato *enforceable* solo se, all'esito di un controllo giudiziale svolto al momento della sua esecuzione, risulti che esso non era *unconscionable* quando è stato concluso. Pertanto ammettere la configurabilità di accordi non sottoposti a controllo giudiziale con i quali i nubendi (o i coniugi) dispongano del diritto all'assegno post-matrimoniale significherebbe creare un'area di autonomia sottratta al controllo pubblico che negli Stati Uniti non viene riconosciuta nemmeno dal modello di disciplina più liberale, ossia quello delineato dall'*Uniform Premarital Agreement Act*.

6. I prenuptial agreements nella prospettiva di riforma del diritto italiano: tra esigenze di flessibilità del regime secondario distributivo e di promozione di un approccio responsabile ed informato al matrimonio

Alla luce delle considerazioni svolte non vi è dubbio che, in una prospettiva *de iure condendo*, i diversi modelli di disciplina dei *premarital agreements* elaborati nel contesto statunitense rivestano notevole interesse soprattutto per quanto concerne il regime secondario distributivo. Infatti, se da un lato è vero che la scelta dei

regimi assolve alla stessa funzione che mirano a realizzare i *premarital agreements* e che le esigenze di rendere più ampia la scelta dei tipi di regime e più flessibile la loro struttura potrebbe essere soddisfatta in via interpretativa, è altrettanto evidente, dall'altro, che un riconoscimento della possibilità di stipulare accordi prematrimoniali su tali profili risolverebbe questioni tuttora controverse, quali, ad esempio, quello dell'ammissibilità dei regimi atipici, o quella dell'esclusione del coacquisto. Inoltre l'adozione di regole simili a quelle previste nei modelli di disciplina dei *premarital agreements* statunitensi consentirebbe di colmare evidenti lacune che il nostro ordinamento presenta sia sotto il profilo delle misure volte a garantire una corretta formazione del consenso dei coniugi, sia per quanto attiene alla carente informazione e consapevolezza dei coniugi circa le implicazioni patrimoniali del matrimonio e delle scelte sull'indirizzo della vita coniugale. Infatti se da una parte gli accordi che i coniugi raggiungono in sede di separazione o di divorzio su domanda congiunta sono sottoposti al controllo giudiziale, dall'altro, tutto quanto concerne la scelta e l'eventuale modificazione del regime patrimoniale può essere deciso senza significative *safeguards* che garantiscano il conseguimento di una effettiva consapevolezza circa le implicazioni della scelta operata e la corretta formazione del consenso (98).

In altre parole, i *procedural requirements* (99) richiesti ai fini della validità dei *prenuptial agreements* sono da guardare con estremo interesse proprio perché, costituendo un "percorso obbligato" lungo il quale i nubendi vengono sollecitati a prendere in considerazione le implicazioni delle proprie scelte, costituiscono un decisivo passo verso l'obiettivo di addivenire ad un eserci-

Note:

(96) Cfr. commento ufficiale della *section 7.02* dei *Principles of the Law of Family Dissolution*. L'idea secondo cui il matrimonio costituirebbe un "segnale" circa il fatto che i *partners* hanno deciso di intraprendere una relazione duratura sulla quale fare reciprocamente affidamento è sostenuta anche da Trebilcock, *Marriage as a Signal*, in *The Fall and the Rise of Freedom of Contract*, in Durham and London, 1999, 254, le cui considerazioni sono ampiamente riprese da Marella, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, cit., 175; Ead., *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 85; sempre in tal senso si vedano le considerazioni di Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., 8.

(97) Cfr. *section 7.09 The Enforceability of a Separation Agreement*.

(98) Sul punto v. Arrigo, *L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, cit., 731-732; Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 60-61; G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., 698.

(99) L'opportunità di introdurre il requisito del previo ottenimento di un *independent legal advice* viene sottolineata nel commento alla *section 7.04* dei *Principles of the Law of Family Dissolution*. Anche nell'ordinamento australiano, il *Family Law Amendment Act*, n. 143 del 2000, con il prevedere la possibilità di stipulare *prenuptial agreements*, predispone una dettagliata procedura volta a garantire la corretta formazione del consenso, in cui si fa espressa menzione della necessità di un *independent legal advice* (*section 90 G*).

zio sempre più consapevole e responsabile dell'autonomia privata.

Nel contesto europeo la sensibilità verso questi temi è stata avvertita nell'ordinamento inglese: nel *Green Paper Supporting Families*, infatti, si pone l'accento sulla necessità di responsabilizzare i nubendi attraverso incontri informativi prematrimoniali nei quali essi vengano resi edotti riguardo alle implicazioni personali e patrimoniali del matrimonio (4.12) e sull'opportunità di consentire di dare vita a *prenuptial agreements* relativi alla distribuzione del patrimonio in caso di divorzio (4.12). L'idea di fondo è quella per cui "*marriage is a serious business, and it is important that people who plan to marry have a clear idea of the rights and the responsibilities they are taking on*" (100).

In una prospettiva di riforma ed ampliamento dell'autonomia privata dei coniugi proprio l'idea di recepire nel nostro ordinamento previsioni analoghe potrebbe costituire il primo passo per promuovere un approccio responsabile dei nubendi circa le implicazioni patrimoniali del matrimonio e delle scelte sull'indirizzo della vita

coniugale e superare quegli ostacoli di ordine pratico e culturale che si frappongono ad una piena e consapevole esplicazione della autonomia privata ed alla valorizzazione di strumenti che, pur potenzialmente presenti nell'ordinamento, sono tuttora pressoché inutilizzati (101).

Note:

(100) A tale scopo si prevede la pubblicazione a cura del *National Family and Parenting Institute* di una "simple and clear guide to the implications of getting married", distribuita nei *register offices*, nelle chiese e ad opera di altri enti (4.13); è altresì prevista la possibilità di seguire corsi di preparazione al matrimonio nel contesto dei quali vengano illustrate problematiche concernenti le implicazioni del matrimonio, delle scelte sull'indirizzo della vita familiare e dell'eventuale crisi coniugale (4.17).

(101) Quadri, *Famiglia e ordinamento civile*, cit., 152, osserva che "gli spazi dischiusi dalla riforma all'autonomia degli interessati sarebbero stati sfruttati essenzialmente a favore dell'opzione per il regime di separazione"; in senso analogo Valignani, *I limiti all'autonomia privata dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, cit., 387, secondo cui "nella prassi, i coniugi sembrano ignorare l'autonomia loro accordata dal legislatore".

RIVISTE

Il Corriere del Merito

Mensile di giurisprudenza civile, penale e amministrativa commentata

Direzione scientifica Civile: Guido Alpa, Vincenzo Carbone, Claudio Consolo, Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Mariconda, Pietro Rescigno

Direzione scientifica Penale: Stefano Corbetta, Emilio Dolcini, Angelo Giarda, Giorgio Marinucci

Direzione scientifica Amministrativa: Francesco Caringella, Rosanna De Nictolis, Fabio Francario, Marco Lipari

Periodicità: mensile

La rivista è divisa in tre parti: **Civile, Penale, Amministrativo**, ciascuna delle quali si struttura in:

- **Primo piano** – per una prima analisi sulle questioni di maggiore attualità;
- **Osservatori** – il panorama degli orientamenti giurisprudenziali dei Fori italiani tramite massime d'Autore e note puntuali;
- **In evidenza** – le sentenze più significative riportate per esteso con autorevoli commenti dal taglio operativo;
- **Contrasti risolti** – i contrasti rimessi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione e all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le soluzioni adottate, il "punto fermo" alle tematiche controverse.

Il servizio online, riservato esclusivamente agli abbonati e consultabile all'indirizzo **www.ipsoa.it/ilcorrieredelmerito**, permette all'utente di accedere con tempestività a tutte le novità d'interesse.

Abbonamento annuale € 150,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoa.it**

